

أثر الزواج على جنسية الزوج

الفصل الثالث

ويشمل على ثلاثة مباحث :-

- المبحث الأول : انتقاء كل أثر للزواج المخطط على جنسية الزوج .
- المبحث الثاني :تأثر جنسية الرجل بالزواج المخطط .
- المبحث الثالث : التوسط بين الاتجاهين السابقين .

ثالثاً:- أن الحالات المتصورة في الاسترداد في الفقه الإسلامي أكثر من تلك التي حددها المقتن المصري في الحالتين المعروضتين آنفاً .

رابعاً:- أن المقتن المصري مقصر في عدم النص على استرداد الوطنية التي فقدت الجنسية المصرية بالزواج من أجنبي إذا أسلمت هذه المرأة، وذلك تأكيد على هوية مصر كبلد إسلامي غالبة سكانه من المسلمين .

اتضح من الفصل السابق مدى تأثير الزواج المختلط على جنسية الزوجة اكتساباً وفقداناً واحتفاظاً ورداً، فهل ذلك تأثيره على جنسية الزوج أيضاً؟ أم أن الأمر مختلف؟

وبالنظر في شرائع الإنسانية السماوية منها والوضعية نرى أن هناك اتجاهات ثلاثة في شأن تأثير الزواج المختلط في جنسية الزوج، فبينما يقوم الاتجاه الأعظم على أنه لا أثر لهذا الزواج على جنسية الرجل، و يقوم على نقيضه اتجاه صغير، يجعله نظير أثره على المرأة، وإذا يقوم يقفون وسطاً بين ذلك فما هي هذه الاتجاهات؟ وما باعثها؟ وما مداها؟

لذا أقسم هذا الفصل الي ثلاثة مباحث، لكل اتجاه مبحث منها.

المبحث الأول

انتقاء كل أثر للزواج المختلط على جنسية الرجل.

"فقه هذا الاتجاه"

يقوم الاتجاه المائل على أساس نفي كل تأثير للزواج المختلط على جنسية الزوج وأن آثار الزواج المختلط تتوقف على الزوجة والأولاد، أما الزوج فلا يكون الزواج سبباً في اكتسابه جنسية الزوجة، ولا في فقد جنسية الوطنية ولا سبباً في رد جنسية فقدتها؟ ولا في حفظ جنسية وقد تركها فزواج الرجل من وطنية أو أجنبية بالنسبة له على حد سواء، وإذا أراد الرجل الأجنبي - وقد تزوج وطنية - أن يدخل في جنسيتها فإن هذا الزواج لا يقدم ولا يؤخر وعليه أن يسلك الطريق العادي للتجنس كأبي أجنبي لا ميزة له البتة، وكذلك لا يؤدي زواجه من أجنبية إلى فقد جنسيته هو فلا أثر لذلك. وكذلك إذا تخلى عن جنسيته الوطنية فإن زواجه اللاحق من وطنية لا يرد إليه جنسيته ولا يحفظها عليه.

"الفقه الإسلامي"

الناظر إلى خطابات القرآن الكريم وخطاب السنة النبوية المطهرة، يلحظ أنها موجهة إلى الرجال غالباً، مع أن الجميع مطالب بها، لكن النساء تبع للرجال حتي في الخطاب الشرعي، ومن هنا جاء ما يسمى "بالطبيعة العربية" والتي تكمن في مكانة الرجل عموماً في الأسرة العربية الشرقية، فاعتباره رب الأسرة وراعيها، يتود إلي جعل قرار تغيير

جنسيته متوقفاً على إرادته المستقلة لا تبعاً لزوجته ⁽¹⁾ ولكن هل مصدر هذه الطبيعة العربية هو الدين؟ أم أن مصدرها العادات والتقاليد التي رسخت وتراكمت مع الزمن وانتقلت من الآباء إلي الأبناء وهكذا؟

في الواقع أن المصدر مشترك بين الدين والعرف في هذا المجال ⁽²⁾

والعرف الصحيح يرجع إلي الفطرة السوية، والفطرة ترجع إلي الدين إذ أن الدين له مصدران، مصدر داخلي يتمثل في نداءات الفطرة السليمة. ومصدر خارجي مصدره الوحي الإلهي، فتبعية المرأة لزوجها وليس العكس أمر كرسسته الفطرة العربية السليمة ووافقت به الوحي الإلهي، الذي جاءت أحكامه منسجمة مع الفطرة العربية السليمة ⁽³⁾ لذا كانت الأنفة العربية

(1) كما يقوله د/ احمد عبد الكريم سلامه - المبسوط - ص 605

(2) ومن شواهد هذه الطبيعة العربية في المجال الذي نحن فيه قول عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - : " والله إن كنا في الجاهلية ما نعد للنساء أمراً (لم يكن لهن اعتبار) حتى أنزل الله تعالى فيهن ما أنزل . وقسم لهن ما قسم . انظر صحيح مسلم - كتاب الطلاق - باب الإيلاء واعتزال النساء - حديث رقم 1479 - ص 720 . ويؤكد هذا المعنى عمر - رضي الله عنه - قائلاً : " وكنا معشر قريش نغلب النساء فلما قدمنا على الأنصار (يعنى في المدينة المنورة) إذا قوم تغلبهم نساؤهم فطفق نساؤنا يأخذن من أدب نساء الأنصار فصعبت على امرأتى فراجعتنى فأنكرت أن تراجعنى " صحيح البخارى - كتاب النكاح - باب : موعظة الرجل ابنته لحال زواجها - حديث رقم 5191 - ص 1103 . ولقد كانت تلك الطبيعة العربية وهى غير متفقة مع الشريعة الإسلامية فإذا بزوجة عمر تقول : " ولم تنكر أن أراجعك ؟ فو الله إن أزواج النبی - صلى الله عليه وسلم - ليراجعنه وإن إحداهن لتهجره اليوم حتى الليل ... " صحيح البخارى - الحديث المشار إليه سابقاً . وهكذا قضى الإسلام على كل تقاليد الجاهلية وأعاد إلى المرأة مكانتها التي وضعها فيها الخالق جل جلاله.

(3) ومن هنا جاءت القاعدة الفقهية التي تنص على أن : " العادة محكمة " د/ علي النزوى - القواعد الفقهية ص 293 وما بعدها - وتلك القاعدة تؤكد على دور العرف =

يطلقها ويذهب حيث شاء فصار كما لو لم يتزوج لا يصير وطنياً كذا هذا⁽¹⁾

فهذا وغيره يوضح تأثر الفقهاء بتلك الفطرة العربية التي مبعثها الدين الكامن في النفس⁽²⁾ ولذلك لا أثر عندهم لزواج الأجنبي من الوطنية على جنسية هذا الأجنبي الذي يظل على جنسيته وليس أمامه إن أراد الدخول في جنسية الدار إلا سلوك طريق التجنس العادي من قبول الذمة ودفع الجزية، كأي أجنبي عادي والخضوع في الجملة لأحكام الدار وكان ذلك الفقه منهم، حتى أصبح أصلاً ثابتاً في واقع الناس بل إن الحديث عن تأثير الزواج على جنسية الرجل بات مثيراً للدهشة.⁽³⁾

(1) الإمام سعد بن محمد بن الحسين النيسابوري الحنفي - الفروق للكرابيس - تحقيق د/محمد طوم - راجعه د/ عبد الستار أبو غدة - ج1 - بند 11 - ص119، 120 .

(2) من هنا جاءت القاعدة الفقهية التي تنص على أن : " التابع تابع " : " التابع يسقط بسقوط المتنوع " : " التابع لا يتقدم على المتنوع " وكأنهم أرادوا أن التابع لا يكون متبوعاً من تابعه . انظر : الإمام/ السيوطي - الأشباه والنظائر ج1 - ص193 وما بعدها .

(3) حتى إن بعض فقهاء القانون صدر الخطاب عن تأثير الزواج على جنسية الزوج بالقول : " قد يبدو لأول وهلة غريباً القول بأن الزواج المختلط من شأنه التأثير على جنسية الزوج ، فمن المتعارف عليه أن الزواج لا يؤثر إلا في جنسية المرأة ... " د/فؤاد رياض - الوسيط - ص59 ، ويقول آخر : " إنه قد يبدو من الطريف أن يعتبر الزواج في مثل هذه الحالة سبباً لاكتساب الزوج الأجنبي جنسية زوجته ذلك أن المفروض هو أن الزوجة هي التي تكتسب جنسية زوجها بسبب الزواج باعتبار أن الزوج هو رب العائلة . د/ هشام صادق - الجنسية والموطن ومركز الأجانب - مجلد 1 - والجنسية والموطن ومركز الأجانب - منشأة المعارف بالإسكندرية 1977م - فقرة 65 ، بينما يقول آخر : " من الطبيعي عندما تتزوج الوطنية من أجنبي أن =

تستبعد أن يتبع الرجل المرأة، ومن هذا المنطق صرح الفقهاء برفض تأثر جنسية الزوج بزواجه من وطنية فقد جاء في فقه الحنفية قولهم : " وإذا دخلت غير مسلمة أجنبية دارنا بأمان فتزوجت وطنياً غير مسلم " ذمياً⁽¹⁾ " صارت وطنية " ذمياً " "

وعكسه ما لو دخل غير مسلم دارنا فتزوج وطنية غير مسلمة لا يصير وطنياً⁽¹⁾ فحينما كانت الزوجة أجنبية والزوج وطنياً تبعته الزوجة في جنسيته الوطنية، أما حينما كان الزوج أجنبياً والزوجة وطنية لم يتبعها في جنسيتها وقد صرحوا بالفارق فقالوا : " بأن تزوج هذا الأجنبي ليس فيه دلالة التزامه المقام فإن في يده طلاقها والمضي عنها بخلافها فحين أقدمت عليه كانت ملتزمة بما يأتي منه ... ومنه منعها الخروج إلى دارها، ولأنها التزمت المقام تبعاً للزوج⁽²⁾ فهذا تصريح بهذه النتيجة للرجل من جانب المرأة ونفي لتبعية الرجل للمرأة . وقد صرح به البعض أيضاً تعليقا وتعليقا على هذا فقال : " أجنبية كتابية زوجت نفسها من رجل في دار الإسلام صارت وطنية، والأجنبي إذا تزوج وطنية في دار الإسلام لا يصير وطنياً، والفرق أن المرأة في قهره وتحت حكمه، ولزمها المقام حيث هو، وهو من أهل دار الإسلام فقد التزمت المكث معه في دارنا إلى غاية فصارت وطنية، وليس كذلك الرجل لأنه لا يلزمه المكث حيث تكون المرأة ولا هو تحت قهرها . فلم يلتزم المكث في دارنا إلى غاية لأن له أن

=الصحيح في دين الإسلام ، وقد خرج الفقهاء عليها فروعاً فقهية كثيرة . وقد قيل : والعرف في الشرع له اعتبار إذا فالحكم عليه قد يدار

(1) الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد - شرح فتح القدير - دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان - ج3 - ص272 ، وقد غيرت بعض ألفاظ النص ليناسب العصر مثل حربية ، حربي ، ذمي ، ذمية .

(2) شرح فتح القدير - ج3 - ص72 .

القوانين الحديثة التي صارت على هذا الدرب :

حيث تقوم الغالبية العظمى من الدول العربية على هذا الاتجاه ومنها من اتخذ من هذا موقفاً حاسماً وأعلنه وذلك كما فى القانون الإماراتي الذي تنص المادة 3/3 منه على أنه " فى جميع الأحوال لا يتبع الزوج جنسية زوجته " (1)

بل إن بعض قوانين الدول العربية وصل به الأمر إلى ما يشبه التبراء من الزوجة الوطنية التي تتزوج من أجنبي فمن ذلك القانون الكويتي فى مادة 10 والتي تنص على أن (2) : "المرأة الكويتية التي تتزوج من أجنبي تدخل فى جنسية زوجها إذا كان قانون هذا الزوج يقضى بذلك " فمجرد زواج الوطنية عندهم يجعلها على خطر فقد الجنسية الكويتية، إذا ما كان قانون الزوج يدخلها فى جنسيته .

وبمثلته قضى القانون البحريني حيث تقضى المادة 1/7 (3) : " وإذا تزوجت امرأة بحرينية بأجنبي بعد ذلك التاريخ تقفد جنسيتها البحرينية متى اكتسبت جنسية زوجها ... " فكأن المقتن فى هذا القانون لم يكتفِ بنفى كل أثر على جنسية الزوج الأجنبي بل قرر إصابة الزوجة من جراء

ينصب الاهتمام على البحث عن مدى إمكانية اكتساب تلك المرأة لجنسية زوجها الأجنبي ... ذلك أن الأصل هو تبعية المرأة للرجل عند اكتساب الجنسية بمقتضى رابطة الزوجية وليس تبعية الرجل للمرأة .. " د/ حسام الدين ناصف - أثر انعقاد الزواج ... - ص 27 .

(1) م 3/3 المعدلة بقانون 1975م ، انظر فى العرض والتعليق د/ أحمد سلامه - المبسوط - ص 605 .

(2) م 10 من قانون الجنسية الكويتية - المرسوم الأميري رقم 15 لسنة 1959م .

(3) م 7 / أ من القانون الصادر فى 16 سبتمبر 1963م .

ذلك . (1) وهذا المقتن السوداني لم يرع هذا الزوج الأجنبي أى اهتمام، ولذا أثر ألا يذكره بشيء (2) ولم يرتب نظام الجنسية السعودى على زواج السعودية من أجنبي أى أثر على جنسية هذا الزوج الأجنبي (3)

وعلى ذات المنوال صار القانون السوري والعراقي (4) ومن الدول الأجنبية من يمتنع هذا الاتجاه ومنها : الأرجنتين، وبهاما، وبيروماني، وشيلي، والصين، وكولومبيا، وكوستاريكا، وكوبا، وفيجي، وجيانا، وبارجواي، وسمالوا الغربية، وسنغافوره، وسيرنام، وتايلاند، وتونجا، وأورجواي، وفنزويلا . (5)

أما عن مصر فإن المقتن المصرى لم يجعل لزواج الوطنية من أجنبي أى أثر على جنسية الزوج الأجنبي، وقد يرجع السبب فى ذلك إلى " الاعتبارات التي تحكم الأسرة المصرية، وإلى ظروف مصر السكانية " (6)

(1) فكأن المقتن هنا يريد أن يقول أن الزوجة تتأثر جنسيتها سلباً من بهذا الزواج وهى الوطنية ، فعدم استفادة الزوج وهو الأجنبي يكون من باب أولى وذلك من باب " فلا نقل لهما أف " الإجراء - آية 23

(2) انظر فى هذا الموقف من القانون السودانى : د/ عنايت عبد الحميد ثابت - التجنس فى تشريع الجنسية السودانية المجلة المصرية للقانون الدولى - إصدار الجمعية المصرية للقانون الدولى - 1983 - مجلد 39 ، بند 24 - ص 227 بند 33 - ص 238 ، بند 39 - ص 241 .

(3) انظر فى هذا : د/ عشوش ، د/ باخشب - أحكام - ص 223 .

(4) د/ عبد الحكيم عبد الرحمن - جنسية المرأة المتزوجة - ص 45 ، ويتابعه د/ حسام الدين ناصف - أثر انعقاد الزواج - ص 28 .

(5) عرضهم د/ عبد الحكيم عبد الرحمن - جنسية المرأة المتزوجة .. - ص 45 ، ويتابعه د/ حسام الدين ناصف - أثر انعقاد الزواج - ص 28 .

(6) د/ أحمد سلامه - المبسوط - بند 870 - ص 607 .

التعليق على الاتجاه المائل

فى البداية أبادر إلى القول بأن هذا الاتجاه يتناسى مبدأ المساواة بين الجنسين فى مسائل الجنسية والتي أرسته الاتفاقيات الدولية، ومنها اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة سنة 1979م، حيث تنص فى فقرتها الأولى من المادة التاسعة على أن: "تمنح الدول الأطراف المرأة حقاً مساوياً لحق الرجل فى اكتساب جنسيتها أو الاحتفاظ بها أو تغييرها"

وفى الفقرة الثانية: "تلتزم الدول بأن تمنح المرأة حقاً مساوياً لحق الرجل فيما يتعلق بجنسية الأطفال"⁽¹⁾ وكون هذا الاتجاه يقيم تفرقة بين الجنسين يظهر جلياً فى منع تأثير جنسية الرجل بما تتأثر به جنسية المرأة. وقد كان هذا الاتجاه محلاً للنقد من جانب من الفقه⁽²⁾ حيث يرى الفقه المائل أن تشريع الجنسية المصرية لم يكفل المساواة بين الرجل والمرأة بالنسبة لأثر الزواج على الجنسية، وقد خص المقتن الأجنبي التى تزوج من وطنى بأحقيتها فى اكتساب الجنسية المصرية، وفى ذات الوقت لم يخص الزوج الأجنبى للوطنية بأى امتياز عن الأجانب العاديين، فهو لم يقتصر على رفض منحه نفس الحق الذى منحه للمرأة، فى طلب الدخول فى

(1) صدرت هذه الاتفاقية عن الجمعية العامة للأمم المتحدة فى 18 ديسمبر 1979م، وقد دخلت حيز التنفيذ فى 3 سبتمبر سنة 1983م، وانضمت إليها مصر فى 4 أغسطس سنة 1981م. انظر فى عرض هذه الاتفاقية تفصيلاً: د/ عبد الحكيم عبد الرحمن - جنسية - ص24.

(2) د/ فؤاد رياض - نحو تعديل قانون الجنسية المصرية - المجلة المصرية للقانون الدولى - المجلد الخمسون - سنة 1994م - ص4، ص17 وما بعدها، د/ عنايت ثابت - الجنس فى تشريع الجنسية السودانية ص227، ص238، ص241

الجنسية المصرية عن طريق الزواج بل لم يمنحه أية تسهيلات للدخول فى الجنسية عن طريق التجنس كما تفعل غالبية التشريعات التى تنص على تخفيض مدة الإقامة فى حق الأجنبى المتزوج من وطنية، ثم ينتهى الفقه المائل إلى القول بأنه: "ولا شك أن مبدأ المساواة بين الجنسين فى هذا الصدد كان يتطلب إما تطبيق النص الحالى فى تقنين الجنسية المصرية على كل من المرأة والرجل على حد سواء وهو أمر يصعب قبوله، وإما عدم خص المرأة بامتياز الدخول فى الجنسية عن طريق الزواج والتسوية بينها وبين الرجل فى إمكان الدخول فى الجنسية عن طريق التجنس المخفف الشروط وخاصة شرط الإقامة"⁽¹⁾

ولكن الواقع أن تمييز المرأة هنا على الرجل ظاهرة تميز المرأة وفى الحقيقة هو تمييز للرجل، فالزوج الوطنى هو الذى تتبعه الزوجة وليس العكس، فهذا تمييز للرجل، ولكنه أيضاً فى صالح المرأة فالتى تستفيد من هذا التمييز هى المرأة، إذ يمكن القول بأنه تمييز للرجل لصالح المرأة، فلا اختراق لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة هنا، وليس مطلوباً أبداً مساواة الرجل الأجنبى هنا بالمرأة الأجنبية، لاختلاف الخلقة والطبيعة الإنسانية بينهما، فالرجل الذى يغادر بلداً ويذهب إلى بلد أجنبى ويتزوج من بنات هذا البلد، قد ذهب باختياره وفى يده قراره ويملك العودة فى أى وقت، ولكن المرأة غالباً يذهب إليها فهى تنتقل بعد الزواج، أما الرجل فينتقل غالباً قبل الزواج، ثم إن فى التجنس العادى بالنسبة للرجل الأجنبى سبيل ميسور، فحسناً فعل المقتن المصرى بعدم إعطاء ذات الأحكام التى للزوجة الأجنبية التى تتزوج من وطنى أو يتجنس زوجها بالجنسية المصرية، ومسلكه على هذا النحو محمود.

(1) د/ فؤاد رياض - نحو تعديل قانون الجنسية المصرية - ص8.

تأثير جنسية الرجل بالزواج المختلط

"فقه الاتجاه المائل"

يقوم فقه هذا الاتجاه على إعطاء الزوج الحق في دخول جنسية الزوجة بسبب الزواج فيكتسب الزوج جنسية الزوجة كأثر مباشر للزواج، وذلك لاكتساب الجنسية الزوجية إما أن يتم بمجرد إبداء الرغبة من الزوج في دخول جنسية الزوجة ودون توقف على سلطة تقديرية للدولة وذلك مثلما هو الحال في دستور دولة السلفادور في المادة (5/12)⁽¹⁾ والتي تجعل من زواج الأجنبي لامرأة من السلفادور الحق لهذا الزوج في اكتساب جنسية هذا البلد وبمجرد إبدائه الرغبة في ذلك ودونما سلطة تقديرية للدولة، وبعض دول هذا الاتجاه تجعل دخول الزوج الأجنبي في جنسيتها رهيناً للسلطة التقديرية للدولة وذلك مثلما هو نص القانون الأيرلندي في مادته 18⁽²⁾ من قانون الجنسية رقم 13 لسنة 1935م والتي تقضى بجعل دخول الزوج الأجنبي الذي يتزوج من أيرلندية متوقفاً على السلطة التقديرية للدولة.

التعليق على هذا الاتجاه :

من الظاهر أن هذا الاتجاه يتبع مبدأ المساواة بين الجنسين بحرفية مطلقة فهي دعوى لا رصيد لها من الطبيعة البشرية لكليهما، ولا نصيب لها من الفطرة المركوزة في ضمير الإنسان، فحينما يقال التسوية بين

(1) انظر في عرض هذا القانون : د/ فؤاد رياض - الوسيط - ص59، ويتابعه في ذلك د/ حسام الدين ناصف - أثر انعقاد الزواج - ص29.

(2) د/ فؤاد رياض - الوسيط - ص59، د/ حسام ناصف - أثر انعقاد الزواج - ص29.

النتائج المترتبة على البحث المائل

يتضح من العرض السابق أن القانون المصري قد جاء متفقاً مع الفقه الإسلامي الذي يرفض تأثير زواج الأجنبي بوطنية على جنسية هذا الزوج، وأن القانون المصري متفق مع الفقه الإسلامي على النحو المشار إليه آنفاً، إلا أنه لا يفهم أن هذا الاتفاق كان نتيجة تأثير القانون المصري بالفقه الإسلامي فإن القانون المصري كما سبق بيان ذلك قد بنى قانون الجنسية على أسس علمانية غير نابعة ولا معبرة عن الجنسية في الفقه الإسلامي، وفي هذا المقام لأطالب مقنن ما بعد ثورة 25 يناير 2011م بمراجعة الجنسية الإسلامية⁽¹⁾ حتى تجئ الجنسية المصرية معبرة بصدق عن مصر البلد الإسلامي الذي غالبية سكانه من المسلمين، ومن نافذة القول أن القانون إذا كان مصدره الشريعة الإسلامية فهو يتعبد بتطبيقه ويثاب على أعماله، أما إذا كان موافقاً للفقه الإسلامي بمحض الصدفة فليس له ذلك الفضل التعبدى .

كما أن هذا الاتجاه في الفقه الإسلامي والقانون المصري ليس فيه مساسٌ بالمساواة بين الجنسين لأن التمييز يكون بين المتماثلين والذكر والأنثى ليسا كذلك فلا تمييز .

(1) وذلك وفق التحديد الذي سبق بيانه في خصوص الجنسية في الفقه الإسلامي ووفقاً لمضمون كل حالة على حدة . ولا أعتى هنا التمييز بين أبناء الوطن الواحد، وعنصريه المسلمين وغير المسلمين، فغير المسلم مواطن يؤثر في الجنسية الوطنية ويتأثر بها كالمسلم .

المبحث الثالث

النهوض بين الاتجاهين السابقين

"فقه الاتجاه الثالث"

من بين الحظر المطلق، والإباحة المفرطة، قام اتجاه وسط جعل من زواج الأجنبي من وطنية طرفاً مخففاً لشروط التجنس، فقد جعل من هذا الزواج مبرراً محدوداً لاكتساب جنسية دولة الزوجة، فلم يُغلق الباب ولم يفتحهُ على مصريه، فقد يعفى الزوج الأجنبي الذي يتزوج من وطنية من شروط التجنس العادي كلها أو بعضها، وخاصة شرط الإقامة الذي يتم تخفيفه بحسب قوانين الدول المختلفة، ويقوم هذا الاتجاه على رعاية مصلحة الأسرة ووحدتها ويولي هذا الأمر اهتماماً كبيراً، ومن ثم قرر تيسير طريق التجنس العادي لهذا الزوج بتخفيف الشروط أو الإعفاء منها أو من بعضها (1)

ومن جهة أخرى لا يعتبر هذا الإعفاء أو ذلك التخفيف أثراً مباشراً للزواج (2)، بين الأجنبي والوطنية وبالتالي لا يحق للزوج أن يدخل جنسية دولة الزوجة مباشرة، وإنما يكون دخوله في جنسيتها بالطريق العادي للتجنس، لكنه مخفف الشروط، ذلك لأن هذا الأجنبي الذي يتزوج من وطنية يقوى مركزه الأدبي الذي يجعله في منزلة إلى حد ما أفضل من الأجانب العاديين ويحقق هذا الاتجاه مصلحة الدولة، فالدولة التي تعاني من قلة السكان يحقق لها مثل هذا الاتجاه ما تريد من زيادة عدد السكان، كما أن تحقيق

(1) لمي هذا المعنى د/ أحمد سلامة - الميسوط - ص 605 .

(2) الطر في هذا : د/ فؤاد رياض - الوسيط - ص 59 .

النساء فهذا قول معقول ومقبول أما تسوية بين امرأة ورجل فهذا مستحيل، ولعل هذا الاتجاه يناسب طبيعة هذا البلد من نقص في السكان، أو حاجة إلى أيدي عاملة، أو غير ذلك من الأسباب، كما أن الأخذ بهذا الاتجاه قد يدخل عناصر غير مرغوب فيها في مجتمع الدولة مما يضعف الانتماء ويقلل من الإحساس بالولاء، وفي النهاية فهذا الاتجاه محدود النسبة على أرض الواقع، كما أنه متأثر بشكل كبير بمبدأ وحدة الجنسية في العائلة، والذي من ثم بات مهجوراً. وليس له مقابل في الفقه الإسلامي ولا القانون المصري وذلك لما سبق عرضه في المبحث السابق.

الاستقرار الأسري يعود بالفائدة على الدولة⁽¹⁾ ويحقق مصلحة للزوج الأجنبي ذلك أن جنسية دولة الزوجة التي يقيم بها الزوج سوف تؤدي إلى معاملته كالمواطنين⁽²⁾ وكذلك يحقق مصلحة الأسرة التي تتوحد أباً وأماً وأولاداً وهذا يؤدي إلى ترابط الأسرة وتوحد أفرادها.⁽³⁾

موقف القوانين من هذا الاتجاه :

وتنقسم الدول التي تعقد بهذا الاتجاه إلى قسمين :-

القسم الأول :- القوانين التي خفضت مدة الإقامة .

شدت بعض قوانين الدول العربية عن الاتجاه المانع، لهذا الاتجاه المخفف فمن ذلك القانون العماني لعام 1983م، وقد خفف هذا القانون مدة الإقامة اللازمة لاكتساب الجنسية العمانية من خمس عشرة سنة إلى سبعة أعوام وذلك في حق الأجنبي الذي تزوج من عمانية م 2 / 2 وكذا خفض القانون اللبناني هذه المدة من خمس سنوات إلى سنة واحدة للأجنبي الذي يتزوج بلبنانية ويشترط أن يثبت أنه أقام مدة السنة هذه في لبنان إقامة متصلة غير متقطعة منذ اقترانه بها م 3 من القرار رقم 15 لسنة 1925⁽⁴⁾

(1) / حسام الدين ناصف - أثر انعقاد الزواج ص 31، حيث يشر إلى د/ هشام صادق - الجنسية والمواطن ومركز الأجانب - مجلد 1 - منشأة المعارف 1977 -

بند 62 .

(2) / حسام الدين ناصف - أثر انعقاد الزواج ص 31 .

(3) / حسام الدين ناصف - أثر انعقاد الزواج - ص 31 وهو يشير إلى د/ هشام صادق - الجنسية بند 62 .

(4) في عرض هذه القوانين : د/ أحمد سلامة - المبسوط ص 605، د/ أحمد

سلامه، د/ محمد الروبي - قانون ص 222، 223، د/ حفيظة الحداد -

القانون - الكتاب الثالث - ص 202، د/ حسام الدين ناصف - نظام

الجنسية في القانون المقارن - دار النهضة العربية - 2007م - ص 129، وله أثر =

ومن القوانين الغربية : القانون الياباني لسنة 1985م والذي تنص المادة 7 منه على أنه يجوز لوزير العدل منح الجنسية للأجنبي زوج أحد اليابانيين - أو اليابانيات، رغم عدم استيفائه للشروط المقررة في الفقرتين 1، 2 من البند الأول للمادة الخامسة إذا كان موطن أو إقامة ذلك الأجنبي في اليابان منذ ثلاث سنوات متتالية على الأقل، وله موطن في اليابان منذ سنة على الأقل دون انقطاع⁽¹⁾ فالأمر جوازى لوزير العدل أولاً، وهو بالنسبة للمرأة والرجل سواء فيستوى أن يكون الزوج أو الزوجة أجنبياً وبذات الشروط . ثانياً : وقد خفضت هذه الإقامة إلى ثلاث سنوات بدلاً من خمس سنوات، ويشترط أن يكون له موطن في اليابان منذ سنة على الأقل، وكذا القانون الإيطالي بنص المادة الأولى من القانون رقم 23 لسنة 1983م بشأن بعض أحكام الجنسية الإيطالية بقولها : " الزوج الأجنبي ... لمواطن إيطالي يكتسب الجنسية الإيطالية عندما يقيم لمدة ستة أشهر على الأقل في إقليم الجمهورية، أو بعد ثلاث سنوات تحتسب من تاريخ الزواج إذا لم يكن هناك انحلال، أو بطلان أو انقضاء على الآثار المدنية، ولم يقيم انفصال قانوني⁽²⁾

= انعقاد الزواج ... - ص 29، د/ عبد الحكيم عبد الرحمن - جنسية المرأة

المتزوجة - ص 45 .

(1) في العرض والتعليق : د/ أحمد سلامة، د/ محمد الروبي - قانون - ص 222،

د/ حسام الدين ناصف - نظام الجنسية - ص 128، أثر انعقاد الزواج -

ص 29، د/ عبد الحكيم عبد الرحمن - جنسية المرأة ... ص 45 .

(2) / أحمد سلامة، د/ محمد الروبي - قانون - ص 222، د/ حسام الدين

ناصر - نظام الجنسية ... ص 129

القسم الثاني : القوانين التي أعفت الزوج من شرط الإقامة

خرقت تونس ما يشبه الإجماع العريى خرقاً بعيد المدى، وذلك بإعفاؤها الأجنبي الذي يتزوج من تونسية من شرط الإقامة فلم تتطلب مدة معينة فى حقه شرطية أن يكون الزوجان مقيمين فى تونس عند تقديم طلب التجنس للزوج الأجنبي وذلك فى الفصل 21 / 2 من قانون الجنسية التونسية⁽¹⁾

ومن الدول الغربية التى تعفى الزوج الأجنبي الذى يتزوج وطنية من شرط الإقامة أذكر قانون الجنسية الهولندية لسنة 1985م فى المادة 8 / 2 منه والتى تنص على إعفاء الأجنبي الذى يتزوج من هولندية منذ ثلاث سنوات على الأقل من شرط الإقامة الخمسية المتطلب للتجنس العادى، وكذا المادة 7/ب من قانون الجنسية التركية رقم 403 الصادر فى 11 فبراير 1964م والمعدل فى عام 1981م، وكذلك قانون الجنسية السويدى فى مادته 2/6 من القانون الصادر فى 22 يونيو 1950م، والقانون النرويجى فى مادته 2/6 من القانون الصادر فى 8 ديسمبر سنة 1950م، والقانون الدانمركى فى مادته 44 من الدستور الدانمركى الصادر فى يونيو 1953م.⁽²⁾

وفى فرنسا يستوى الأمر بين الرجل والمرأة فى اكتساب الجنسية الفرنسية فسواء كان الزوج هو الأجنبي أو كانت الزوجة هى الأجنبية،

- (1) / هشام صادق وآخرون - القانون - الكتاب الثالث - ص 202 .
(2) النظر فى عرض القوانين السابقة وتصنيفها : د/ أحمد سلامة ، د/ محمد الروبى - قانون - ص 222 ، 223 ، د/ حسام الدين ناصف - نظام الجنسية - ص 129 ، أثر انعقاد الزواج - ص 30 ، د/ عبد الحكيم عبد الرحمن - الجنسية المتزوجة - ص 45 ويضيف إلى ما سبق القانون الإيرانى .

وهذا النص سوى بين الزوج و الزوجة إذا كان أحدهما أجنبياً، وأن

اكتساب هذه الجنسية عند هذا الزواج يتوقف على استيفاء أحد شرطين : الإقامة لمدة ستة أشهر كحد أدنى فى إيطاليا ، أو مضى ثلاث سنوات من تاريخ الزواج عندما لا يكون مقيماً بها ويشترط استمرار الزواج صحيحاً بلا بطلان أو انفصال قانونى و اكتساب الجنسية عند استيفاء الشروط الماثلة وجوبى ويقوة القانون دونما توقف على سلطة تقديرية للدولة . ويخضع القانون الأمريكى من المدة اللازمة للتجنس بالنسبة للزوج الأجنبى من خمس سنوات إلى ثلاث سنوات سابقة على تقديم طلب التجنس، وذلك بالمادة 319 من القانون العام رقم 414 لسنة 1952م وهو خاص بالزوج الأجنبى الذى يتزوج من أمريكية، ويمثله ينص القانون الإنجليزى فى مادته السادسة من قانون الجنسية لسنة 1981م وملحق 1 ، 3 ، وذات الحل يتبناه القانون الصينى لسنة 1980م فى مادته السابعة⁽¹⁾ وكذا قانون دولة لكسمبرج لعام 1968م والمعدل فى عامى 1975 - 1977م، والذى يخفض مدة الإقامة من عشر سنوات إلى خمس سنوات فى حق الأجنبى الذى يتزوج مواطنة .⁽²⁾

ومن الدول التى سلكت ذات النهج المكسيك، الأرجنتين،

إسرائيل.⁽³⁾

- (1) / د/ أحمد سلامة ، د/ محمد الروبى - قانون - ص 222 ، د/ حسام الدين ناصف - نظام الجنسية - ص 128 ، 129 ، أثر انعقاد الزواج - ص 29 ، د/ عبد الحكيم عبد الرحمن - الجنسية المرأة المتزوجة - ص 45
(2) / د/ أحمد سلامة ، د/ محمد الروبى - قانون - ص 222 .
(3) / حسام الدين ناصف - أثر انعقاد الزواج - ص 30

والواقع أن المرجعية الحقيقية وراء هذه الاتجاهات هي الكثافة السكانية، فدخل ذات كثافة سكانية عالية كمصدر تمنع إعطاء جنسيتها للزوج الأجنبي الذي يتزوج من مصرية .

يمكن لطالب التجنس منهما أن يطلب الجنسية الفرنسية بناء على إعلان عن رغبته، وذلك ما لم يكن مدوناً وفق المادة 79 من قانون الجنسية أو موضوعاً لقرار طرد أو تحديد إقامة، كما يجوز للحكومة الاعتراض على ذلك إذا لم يكن الزوج أهلاً لذلك كعدم إلمامه باللغة الفرنسية أو غياب الحياة المشتركة الفرنسية بين الزوجين أو توقعها ويخضع ذلك لرقابة مجلس الدولة، وطبقاً لقانون الجنسية الفرنسية الصادر في 22 يوليو سنة 1993م، والذي أدرج في نصوص القانون المدني 2 / 19 والذي يجيز التجنس بدون شرط الإقامة الخمسية للزوج الأجنبي للفرنسية .⁽¹⁾

النتائج المترتبة على العرض السابق

يتضح من هذا الفصل أن هناك اتجاهات ثلاثة :- أولها: منع التسوية بين الزوج والزوجة في اكتساب الجنسية وهو منهج الفقه الإسلامي والقانون المصري وغالبية قوانين الدول العربية وبعض الدول الغربية . والثاني وهو التسوية المطلقة بين الرجل والمرأة في مجال الجنسية وهو منهج محدود في أرض الواقع . والثالث: وهو الذي خفف من شروط التجنس العادي في حق زوج وطنية أو أعفاه من هذه الشروط .

(1) انظر في قانون الجنسية الفرنسية :-

- BEN ABEUT (a) , Droit civil , op . cit , No , 151 p133 et . s
- مرجع سابق
- CED H , 2 , mars 1992 , D . 1993 , Somm 388 I j . c . p . 1993 103 , p 79 .
- C : v . ine 17 jwin 1980 , Rev . cnitooip , 1981 . p 73 .
- Rev . cnit Dip 2004 , p 745 , comde cass 17 fev . 2004 .

ترجمة د/ نادية فرج

د/ عبد الحكيم عبد الرحمن - جنسية المرأة - ص 69 ، 70 .

د/ أحمد سلامة ، د/ محمد الروبي - قانون - ص 223 .

د/ حسام الدين ناصف - نظام الجنسية - ص 189 .

الفصل الرابع

أثر الزواج المختلط على جنسية الأبناء

ويشتمل على مبحثين :-

المبحث الأول : تأثير جنسية الأبناء بالأب .

المبحث الثاني : تأثير جنسية الأبناء بالأم

مما لا ريب فيه أن زواج الوطني والأجنبي يثمر عن أبناء، وهؤلاء
الأبناء عنوان بين الأمهات والآباء، فإلى أى منهما ينتمون ؟ الأب أم الأم
يلتحقون ؟

لم تتحد الإجابة على هذا السؤال في التراث الإنساني، فقد غلب
البعض جانب الأب على الأم، وقد غلبت الأم على الأب عند البعض، وقد
استوى الأمر بينهما عند البعض الآخر، لذا أقسم هذا الفصل إلى مبحثين
أخصص لتأثير جنسية كل من الزوجين على الأبناء مبحثاً منهما وذلك على
النحو التالي :-

المبحث الأول : تأثير جنسية الأبناء بالأب .

المبحث الثاني : تأثير جنسية الأبناء بالأم

المبحث الأول

تأثير جنسية الأبناء بالأب .

غالباً ما يتأثر الأبناء بجنسية الأب الذي قد يكون وطنياً أصيلاً، أو طارئاً وذلك باكتساب جنسيته، وقد يكون التأثير سلبياً على الأبناء يفقدون به الجنسية تأثراً بالأب، وقد يكون لهم الاحتفاظ أو الاسترداد، ولهذا أقسم هذا المبحث إلى مطلبين. أخصص الأول منهما للحديث عن اكتساب الجنسية تبعاً للأب، والثاني عن فقد أو استرداد الجنسية .

المطلب الأول

اكتساب الجنسية بالتبعية للأب

تنظر الإنسانية كلها إلى الرجل على أنه رب الأسرة المدبر لشؤونها والذي ينتمي الجميع إليه .⁽¹⁾ وهو رأس المرأة المتبع⁽²⁾ وهو رئيس الأسرة ومباشر هذه المهمة للصالح المشترك لها⁽³⁾ كما أنه السيد

(1) وذلك كما هو الحال في الشريعة اليهودية ، حيث إن الزوج هو رب الأسرة ، والأسرة لديهم أسرة أبوية وتنسب الزوجة وجميع الأبناء إلى الأب . انظر في ذلك بالتفصيل : د/ محمد علي الصافوري - نظرات في شريعة اليهود - الولاء للطبع والتوزيع - شين الكوم - 1995م - ص131 .
(2) وذلك كما في شريعة النصارى . فقد ورد في رسالة بولس إلى أهل أفسس "أيها النساء ... لأن الرجل هو رأس المرأة . " الإصحاح الخامس - عدد 22 ، 24 . وفي العرض والتعليق د/ سمير تناعوا - أحكام الأسرة - منشأة المعارف 1966/1967م - ص166 .

(3) كما هو مضمون المادة 213 والمعدة بقانون 18 فبراير 1938م ومستبدلة بالقانون الصادر في 22 سبتمبر 1942م من التشريع الفرنسي . انظر لمزيد من التفاصيل مرجع القضاء في تشريعات الأحوال الشخصية للأجانب - الكتاب الأول - التشريع -

المقدم⁽¹⁾ ولما كانت هذه صفاته فقد رجّحت كفته دائماً في مجال جنسية الأولاد، ولكن جنسية الأب قد تكون أصلية أو طارئة ومن هنا ينبغي تحديد كل منهما على استقلال .

الفرع الأول

اكتساب جنسية الأب الأصلية

تواترت النظم الإنسانية جمعاء على إلحاق الولد بأبيه في جنسية هذا

الأب ومن هذا القبيل :-

أولاً: الفقه الإسلامي :

حيث يلتحق الابن بأبيه في جنسيته في عدة أحوال من أهمها :-

(1) إذا كان الأب مسلماً وسواء في ذلك كانت الأم مسلمة أو غير مسلمة، وذلك أن رسول الله ﷺ قال : " كل إنسان تلده أمه

=الفرنسي في الأشخاص - د/ حسين شوقي وآخرون - دار النشر للجامعات المصرية - 1950م ص122

(1) وذلك كما في قول الله - سبحانه وتعالى - " وألفيا سيدها لدى الباب " سورة يوسف - جزء آية 25 وهي سيادة تقتضي الطاعة والإخلاص للزوج ، بحيث إذا قتل الزوج زوجته وهي متلبسة بالزنا لا يعاقب على ذلك كما كان الحال عليه في مصر يومئذ ، انظر في السلطة الزوجية في مصر القديمة : د/ فتحي المرصفاوي - تاريخ القانون المصري - دار الفكر العربي 1978م - ص105 ، وهو يختلف عن الزواج بالسيادة الذي تدخل الزوجة فيه تحت سلطة الزوج في القانون الروماني القديم . انظر في عرضه تفصيلاً : د/ فتحي المرصفاوي السابق - ص88 وما بعدها ، وانظر أيضاً " د/ سمير عبد المنعم أبو العنين - مدى التقارب والتباين في الطابع الحضاري لأهم نظم وشرائع مجتمعات العصور القديمة دراسة مقارنة - القاهرة - 2001 / 2002م - النهضة العربية - ص334 ما بعدها ، ص373 .

على الفطرة وأبواه بعد يهودانه ويمجسانه فإن كانا مسلمين فمسلم ...⁽¹⁾ وإن كان الحديث نص على التبعية الدينية فمن باب أولى التبعية الدينية تكون كذلك، حيث يتبع المسلم جنسية أبيه المسلم وقد نص أكثر الفقهاء على هذه التبعية فمن ذلك قول البعض: "وإذا كان أحد الزوجين مسلماً فالولد على دينه"⁽²⁾ أى سواء كان الزوج أو الزوجة فالولد تبع له فى الدين والدنيا .

(2) إذا كان الأب وطنياً غير مسلم يلحق به الابن فى دينه وجنسيته وهذا عند الإمام مالك رحمه الله حيث قال: "إذا تزوج حرياً قيرسية فولده فى، وإن تزوج قيرسى حربية فولده فى عهده"⁽³⁾ والمراد هنا من قوله أن الزوج الوطنى يتبعه الولد، أما الزوجة إذا كانت هى الوطنية والزوج غير وطنى فلا يتبعها الولد فى جنسيته، بينما اشترط الحنفية على ما

(1) رواه مسلم بسنده عن أبى هريرة رضي الله عنه انظر: صحيح مسلم - مكتبة الإيمان - كتاب القدر - حديث رقم 25 ص 1319، ورواه البخارى بلفظ آخر - صحيح البخارى - تحقيق طه عبد الرؤوف سعد مكتبة الإيمان - كتاب الجنائز - باب: ما قيل فى أولاد المشركين - ص 285 .

(2) الشيخ عبد الغنى النعمى الحنفى - اللباب فى شرح الكتاب - المكتبة العلمية - بيروت - لبنان - ج 3 - ص 29 وهو ذات النص فى شرح فتح القدير - ج 3، ص 287، وكذا فى البناية شرح الهداية للإمام العيني - دار الفكر - ص 780 .

(3) انظر ذلك: الإمام أبى محمد عبد الله بن عبد الرحمن أبى زيد القيروانى - النوادر والزيادات على ما فى المدونة عن غيرها من الأمهات - تحقيق: د/ محمد حجي - دار الغرب الإسلامى - مجلد 4 - ص 594، وانظر المدونة الكبرى للإمام مالك رحمه الله رواية سحنون - مطبعة السعادة - ج 3 - ص 307 .

سبق أن يكون الزوج أفضل ديناً من الزوجة⁽¹⁾ وذلك بمعنى أن يكون الزوج الوطنى غير المسلم من أهل الكتاب مثلاً والزوجة مثله أو أقل منه، أما إذا كانت الزوجة غير الوطنية أفضل ديناً من الزوج كأن كانت من أهل الكتاب وهو من غير أهل الكتاب من المشركين فلا يتبع الولد أباه وإنما يتبع أمه هنا، ولكن اشتراط الحنفية هذا ليس ذا بال مع ما سبق من النقل عنهم من دخول الزوجة فى جنسية الزوج وليس العكس ومادام أن ذلك كذلك فإن الولد سوف يصبح وطنياً فى كل الأحوال أى سواء كان الزوج أفضل ديناً أم الزوجة لأنهما وطنيان .

ثانياً- القانون المقارن

تقوم القوانين المختلفة على الاعتداد بجنسية الأب عند التحدث عن جنسية الأبناء وذلك بصفة أصلية فى أغلب القوانين العربية والإسلامية وإعطاء دور احتياطى أو تكميلى للأم فمن هذا القبيل أذكر قانون الجنسية السعودية⁽²⁾ فى مادته السابعة فقرة 7 بقولها: "يكون سعودياً من وُلد داخل المملكة العربية السعودية أو خارجها لأب سعودى" وذلك مع النص على ما يعرف لديهم بالجنسية الثانوية أو حق الدم الثانوى من جهة

(1) الإمام العيني - البناية فى شرح الهداية - ج 4 - ص 780، حيث يقول: "ولو كان أحدهما" أى الزوجين "كتابياً والآخر مجوسياً، فالولد كتابى لأن فيه نوع نظر له إذ المجوسية شر له .

(2) من القانون رقم 4 لعام 1374هـ، وقد ورد هذا الحكم فى كافة أنظمة الجنسية السعودية فقد تضمنته المادة الثانية من نظام التابعة الحجازية النجدية لعام 1357هـ والمادة السادسة من نظام الجنسية العربية السعودية الأول لعام 1357هـ . لمزيد من التفصيل والشرح انظر: د/ باخشب، د/ عشوش - أحكام الجنسية - ص 161 وما بعدها .

تعدليه، هل كان مصدر هذه القوانين هو الشريعة الإسلامية؟ فى الواقع أن الشريعة الإسلامية بعيدة كل البعد عن هذه التفرقة التى لا صلة لها بالقوامة ولا بالعدل الذى قام عليه الشرع الحنيف، ولكن أعتقد أنها قامت على التقاليد العربية الموروثة ورواسب من نعرات الجاهلية البائدة، وسيأتى مزيد من الإيضاح لهذه المسألة عند الحديث عن دور الأم فى نقل الجنسية لأبنائها وإنما أردت هنا أن أسجل تبرئة ساحة الإسلام من هذه التفرقة .

بينما سوت بعض القوانين بين الأب والأم فى نقل الجنسية للأبناء ومن هذا القبيل القانون البلجيكي الصادر فى 28 يونيو 1984م فى مادته الثامنة⁽¹⁾ وكذلك قانون الجنسية الفرنسى الصادر فى 9 يناير 1973م وكذا التعديلات الصادرة فى 22 يوليو 1993م وذلك فى المادة 18 فى قانون 1993م والتى تقابل المادة 17 فى قانون 1973م⁽²⁾ ويطبق مبدأ المساواة هذا عدد كبير من الدول الغربية منها قانون الجنسية الهولندية لعام 1985 م 1/3، وقانون الجنسية البرتغالية لعام 1981 م 1 بند 1، وقانون الجنسية اليابانية لعام 1985 م 1/2، وقانون الجنسية البريطانية لعام 1981 م 1/1 - 1/2⁽³⁾.

(1) انظر فى عرضه : د/ أبو العلا على النمر - جنسية أولاد الأم المصرية - دار النهضة العربية - ط 2 - ص 35 .

(2) انظر فى قانون الجنسية الفرنسى DROIT - Ben abentt (A) - CIVIL .. op . cit . No . 151 ، p 133 et . s . CEDH . 2mar . s . 1992 D . 1993 . SON . 388 II . C . P 1993 . 1 . 3629 .

و د/ أبو العلا النمر - جنسية أولاد الأم ... - ص 35 ، 36 .
(3) فى عرض هذه القوانين وغيرها - د/ أبو العلا النمر - جنسية - 37 ، 38 - الذى يشير إلى د/ عكاشة عبد العال - أحكام الجنسية المصرية - دراسة مقارنة - دار الجامعة الجديدة 1993م - ص 83 وما بعدها .

الأم، وذلك فى حالة جهالة جنسية الأب أو انعدامها، وهذا ما نصت عليه المادة السابعة بقولها : " يكون سعودياً من وُلِدَ داخل المملكة ... أو خارجها.. لأم سعودية وأب مجهول الجنسية أو لا جنسية له "⁽¹⁾ وهو الوضع ذاته تماماً فى القانون الكويتى⁽²⁾

بيد أنهم يضيفون للجنسية الثابتة من قبل الأم حالة ما إذا لم يثبت نسب الولد لأبيه قانوناً عند العلم به، وكذا فى حالة جهالة الأب أصلاً . وقد عالجتها بذاتها نصوص القانون الإماراتى الذى لم يخرج عن النطاق المائل⁽³⁾ بينما أغفل المقتن القطرى ذكر حق الدم الثانوى للأم وهو أمر منتقد من بعض الفقهاء⁽⁴⁾ وقد كان القانون المصرى سائراً على ذات النهج فى القانون رقم 26 لسنة 1975م وما قبله من القوانين وذلك حتى صدر القانون رقم 154 فى 14 يوليو عام 2004م⁽⁵⁾ والذى بمقتضاه تمت التسوية بين الأب والأم تماماً فى نقل الجنسية إلى الأبناء، فهل كان موقف القوانين العربية المائلة وما يلحق بها من قوانين والقانون المصرى قبل

(1) من ذات القانون المشار إليه فى الهامش السابق ، وانظر فى شروط الاعتداد بهذه الحالة : د/ باخشب ، د/ عشوش أحكام الجنسية - ص 165 وما بعدها .

(2) انظر المادة الثانية من المرسوم الأميرى رقم 15 لسنة 1959م ، وكذا المادة الثالثة وللعرض والتعليق : د/ باخشب ، د/ عشوش - أحكام الجنسية ... - ص 170 وما بعدها .

(3) انظر المادة الثانية من القانون الاتحادى رقم 17 لسنة 1972م فقرة ب ، ج ، د .

(4) قانون الجنسية القطرية - رقم 2 لسنة 1961م فى مادته الثانية ، وانظر فى النقد الموجه لمسالك المقتن القطرى هنا : د/ باخشب ، د/ عشوش - أحكام - ص 81

(5) وافق عليه مجلس الشعب بتاريخ 27 يونيو 2004م ، وصدر برئاسة الجمهورية بتاريخ 14 / 7 / 2004م ونشر فى الجريدة الرسمية بذات التاريخ فى عددها 28 مكرر (أ) .

الشخصية، وبالرجوع إلى تلك الأحكام يتضح أن النسب يثبت بالفراش، والبيئة، والإقرار .

والأصل في ثبوت النسب بالنكاح قول النبي ﷺ : " الولد للفراش وللعاهر الحجر " (1) وقد أثبت هذا النص الشريف النسب إلى الزوج صاحب الفراش . وللفقهاء تفصيلات ليس هذا موضعها (2)

وقد فصل البعض في طرق إثبات النسب في الإسلام تفصيلاً طيباً (3)

(1) روته السيدة عائشة - رضی الله عنها - صحيح البخارى - كتاب الفرائض - باب الولد للفراش - حديث رقم 6749 - ص 1359 ، ورواه مسلم - كتاب الرضاع - باب الولد للفراش - ص 703 ، سنن أبى داود ج 2 - ص 696 - كتاب الطلاق - حديث رقم 2274 .

(2) انظر هذه التفصيلات في : الإمام العيني - البناية في شرح الهداية - دار الفكر - ج 5 - ص 452 ، وما بعدها ، موسوعة الأحكام الشرعية الميسرة فى القضاء والفقہ - العقود مجمع البيان الحديث - سميع عاطف الزين - دار الكتاب اللبناني ، دار الكتاب المصرى - ص 183 ، والشيخ عبد الله نعمه - دليل القضاء الجفرى - دار الفكر اللبناني 1402 هـ / 1982 م - ص 115 وما بعدها ، د/ عبد الكريم زيدان - المفصل فى أحكام المرأة والبيت المسلم - مؤسسة الرسالة - ط 3 - 1420 هـ / 2000 م - ج 9 - ص 318 وما بعدها ، د/ عبد الرحمن الصابوني - نظام الأسرة وحل مشكلاتها فى ضوء الإسلام - دار الفكر - سوريا - 2001 م - ص 176 .

(3) وذلك فى الرسالة القيمة لابن القيم فى - الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية أو الفراسة المرضية فى أحكام السياسة الشرعية - تحقيق سيد عمران - دار الحديث - القاهرة - ط 1 - 1423 هـ / 2002 م - ص 15 ، 61 ، 71 ، 111 ، 180 ، 182 ، 185 ، ومواضع أخرى . وقد أضاف إلى طريق ثبوت النسب القرعة ، والقافة ، ويمكن أن يضاف إليها ما استحدثت من مثل تحليل الحامض النووى .

ثالثاً :- الوضع فى القانون المصرى :

يتمتع المولود لأب مصرى فى ظل قوانين الجنسية المتعاقبة بالجنسية المصرية وذلك طبقاً لنص المادة الثانية فقرة 1 من القانون رقم 26 لسنة 1975م والمعدلة بالمادة الثانية فقرة 1 من القانون 154 الصادر فى 14 يوليو 2004م والتي تستلزم توافر شرطين لإمكان تمتع المولود لأب مصرى بهذه الجنسية :

الشرط الأول : أن يولد الابن لأب مصرى :

ويرجع فى تحديد الأب المصرى إلى قانون الجنسية المصرى، والعبرة فى ذلك بوقت ميلاد الابن، ولا تعويل على نوع هذه الجنسية التى تثبت للأب سواء كانت أصلية أم طارئة، وكذلك لا يتوقف ثبوت هذه الجنسية على كون الأم مصرية أو أجنبية فالأمر سواء، ويدخل الابن فى الجنسية المصرية حتى لو توفى الأب قبل أو بعد الميلاد، وكذلك لا عبرة بمكان ميلاد هذا الابن (1)

الشرط الثانى :- ثبوت نسب المولود لأبيه قانوناً :

وهذا الشرط لم ينص عليه فى القانون صراحة، لكن الفقه اشترطه من مضمون القانون وغايته، ومقتضى هذا الشرط ضرورة ثبوت نسب المولود لأبيه قانوناً والمعامل عليه فى ثبوت النسب هذا هو القانون المصرى، والقانون المصرى هنا هو أحكام الشريعة الإسلامية وقوانين الأحوال

(1) استقيذ هذا الشرط من الفقه د/ فؤاد رياض - الوسيط ... - ط 5 - 1988م - دار النهضة العربية - ص 163 : 168 ، د/ بدر الدين شوقى - الوسيط ... - سنة 2000م - ص 60 ، 61 ، د/ محمود مصيلحى، د/ صلاح الدين جمال - مبادئ ... - ص 88 : 92 .

فى ذلك أسلم الأب فى دار الإسلام أم فى غيرها ثم هاجر إلى دار الإسلام وهذا ما عليه جمهور الفقهاء .⁽¹⁾

بينما فرّق البعض بين إسلامه فى دار الإسلام أو فى غيرها فقال الحنفية⁽²⁾ إن أسلم فى دار "غير المسلمين" وهاجر إلينا ثم ظهر المسلمون على هذه الدار، فأولاده الصغار تبع له فى الإسلام، وإن أسلم فى دار غير المسلمين عدّ ولاده فى ولا يتبعونه ويناصروهم فى هذا بعض المالكية⁽³⁾ ولا معنى لهذه التفرقة ولا مستند لهم وقد ردها البعض بشدة⁽⁴⁾ ونزولاً على ما قال به الجمهور فإن الجنسية الطارئة التى لحقت الأب بإسلامه تلحق صغار الأولاد وهو من لم يبلغ الحلم منهم .

(2) دخول الجنسية بالتبعية للوالد غير المسلم :

حيث قرّر الفقهاء بأن الصبّ الصغير يدخل الجنسية تبعاً لوالده "الذمى" ويفهم ذلك من أمرين : الأول :- أن الفقهاء قالوا لا جزية على صبى ولا امرأة ولا مجنون . قال ابن قدامة : لا نعلم بين أهل العلم خلافاً فى

(1) المغنى - ج8 - ص94 ، 428 ، كشاف القناع - ج3 - ص58 ، ومغنى المحتاج - ج4 - ص226 ، والأم للإمام الشافعى - ج4 - ص245 ، كتاب النيل وشفاء العليل ، وشرحه - ج6 - ص305 ، والأحكام الجعفرية فى الأحوال الشخصية - الشيخ/ عبد الكريم الحلى - ص45 ، 46 ، ابن حزم الظاهرى المحلى بالآثار - ج5 - ص364 ، 382 .

(2) شرح فتح القدير - ج3 - ص274 ، بدائع الصنائع - ج7 - ص105 ، 106 - شرح السير الكبير - ج5 - ص103 .

(3) المدونة الكبرى - ج2 - ص19 ، النوادر والزيادات - مجلد 4 - ص594 .

(4) النظر فى رد مذهب الحنفية هذا : ابن حزم - المحلى - ج5 - ص364 وما بعدها

وعلى ما سبق لا يعتد بالنسب الغير شرعى والذى يعرف فى بعض الدول القريبة بالنسب الطبيعى، ولا يعتد بالنسب الصناعى الذى يعرف بالتبنى، فلو أن وطنياً من غير المسلمين - وهو غير ممنوع فى حقهم⁽¹⁾ تبنى طفلاً أجنبياً، فإن هذا الطفل لا يُلحق بالتبني فى الجنسية الوطنية وذلك لأن التبني لا يصلح سبباً لاكتساب الجنسية فى القانون المصرى⁽²⁾ فإذا ثبت نسب المولود لأبيه قانوناً أصبح وطنياً من حين مولده حتى لو ثبت هذا النسب فى تاريخ لاحق على الولادة مع عدم المساس بحقوق الغير حسنى النية الذين تعاملوا مع هذا الشخص بوصفه أجنبياً⁽³⁾

الفرع الثانى

اكتساب جنسية الوالد الطارئة

قد يبدأ الوالد حياته بجنسية ما، ثم يعرض له ما يُكسبه جنسية أخرى . فهل تلحق هذه الجنسية الجديدة بالأولاد؟ وما حدودها ؟
أولاً:- **الفقه الإسلامى**

اعتد الفقه الإسلامى بأثر جنسية الأب الطارئة على الأولاد ومن أهم

مظاهره :

(1) عند إسلام الأب حيث رتب الفقهاء على إسلام الأب صيرورة الأولاد الصغار تبعاً لهذا الوالد الذى أسلم، و من ثم لا يجوز سببهم، وسواء

(1) وقد تعرضت لهذا الموضوع بالتفصيل فى رسالتى للماجستير بعنوان التبني فى الإسلام وأثره على العلاقات الخاصة الدولية 2006م - ص71 وما بعدها .

(2) انظر فى انعدام أثر التبني على الجنسية فى القانون المصرى رسالتى السابقة - ص170 .

(3) فؤاد رياض - الوسيط - ص169 .

هذا⁽¹⁾ وذلك لأن القتل منهى عنه في حق هؤلاء فمن ذلك حديث ابن عمر قال: "وجدت امرأة مقتولة في بعض مغازي رسول ﷺ فأذكر رسول الله ﷺ قتل النساء والصبيان"⁽²⁾ وقد قال ﷺ في حديث آخر: "لا تقتلوا ذرية ولا مسناً"⁽³⁾ كما روى عن سيدنا عمر بن الخطاب ﷺ أنه كتب إلى أمراء الأجناد أن يقاتلوا في سبيل الله... ولا يقاتلوا إلا من قاتلهم، ولا يقتلوا النساء والصبيان، ولا يقتلوا إلا من جرت عليه المواسي"⁽⁴⁾

وقد جعل جريان المواسي وإنابات الشعر في الوجه والعانة دليل على البلوغ ومن ثم استحل قتلهم في حالة الحرب. فكل هذه الأدلة تقيد أن الابن قبل البلوغ تابع لوالده وليس له حكم مستقل، وبالتالي يتبع والده في دخول الجنسية.

(1) ذكره ابن القيم ونقل عن ابن المنذر مثله - أحكام أهل الذمة - تحقيق سيد عمران - دار الحديث - ج1 ص43.

(2) صحيح البخاري - كتاب الجهاد والسير - باب قتل الصبيان في الحرب - حديث رقم 3014 - ص631، وصحيح مسلم - كتاب الجهاد والسير - باب تحريم قتل النساء والصبيان في الحرب - حديث رقم 1744 ص880.

(3) حسن صحيح: أخرجه أبو داود في سننه - ج3 - ص1156 - حديث رقم 2669 - ط/ دار الحديث، وابن ماجه في سننه - ج3 - ص948 - حديث رقم 2842 - وأحمد في مسنده - ج3 - ص488، وابن حبان في صحيحه - ج11 - ص101 - حديث رقم 4789، والحاكم في المستدرک - ج2 - ص133 وقال: صحيح على شرط الشيخين.

(4) الأثر عن سيدنا عمر روى عن أبي عبيدة عن إسماعيل بن إبراهيم عن أيوب عن نافع عن أسلم مولى ابن عمر قاله: انظر أحكام أهل الذمة - ابن القيم - ج1 - ص43. والموسى: آية يحلق بها الشعر والجمع: مواس. المعجم الوجيز - مجمع اللغة العربية - ص594.

والأمر الثاني أن الفقهاء قالوا: إن بلغ الصبى لم يحتج إلى تجديد عقد ذمة بل العقد الأول يتناول "الأب" ومن لم يبلغ من أولادهم، ومن الفقهاء من اشترط تجديد العقد عند البلوغ حيث قالوا: "ولو بلغ ابن ذمى ولم يبذل جزية ألحق بمأمنه وإن بذلها عقد له"⁽¹⁾ ولكن الراجح عدم تجديد العقد حيث إنه لم ينقل عن السلف الصالح ما يوجب، ولأنهم دخلوا في العقد تبعاً لآبائهم كما يدخلون في الهدنة معهم تبعاً⁽²⁾.

ثانياً :- القانون المقارن

عندما يحصل شخص أجنبي على جنسية أخرى فإن الحديث يثار عن وضع أولاد هذا الشخص، فهل يدخلون هذه الجنسية؟ وهل الأمر سواء في البالغين والقاصرين؟ وما مدى هذه التبعية للأب؟ وللإجابة على هذه التساؤلات أعرض لأمرين :-

(1) التمييز بين الراشدين والقصر في التأثر بجنسية الأب المكتسبة :

أما عن الأولاد البالغين سن الرشد فالأصل عدم تأثرهم بجنسية الأب المكتسبة، وذلك لكمال أهليتهم تلك التي هي مدار منح الجنسية، بيد أن بعض القوانين خففت شروط التجنس في حق أولاد المتجنس البالغين ومن ذلك ما تقرره المادة 14 / ب من نظام الجنسية السعودي الصادر سنة 1374هـ، حيث جعلت الإقامة في حقهم خمس سنوات فقط وبشروط تقديم طلب بذلك في خلال سنة من تاريخ منح الجنسية للوالد، ثم إن الأمر بعد

(1) النص لمغنى المحتاج - الشريفي - ج6 - ص66.

(2) ابن القيم - أحكام أهل الذمة - ج1 - ص46.

د/ حسام الدين فتحي ناصف - نظام الجنسية في القانون المقارن - دار النهضة العربية 2007 - ص118، 119.

1949م، وقانون الجنسية الليبي لسنة 1980م حيث لا يتضمن المذكور إشارة للأولاد القصر في مجال اكتساب الجنسية.⁽¹⁾

(2) مدى تبعية الأبناء القصر للأباء في التجنس

تدور النظم القانونية في فلك إحدى نظريتين، أولاهما نظرية استقلال الجنسية ومعناها عدم تأثر جنسية الأبناء بجنسية الآباء الجديدة، وهي تقوم على العديد من الاعتبارات فمنها أن دخول الأبناء تبعاً للأباء قد يُدخل عناصر غير مرغوب فيها في شعب الدولة، كما أن هذه التبعية تنافي الإرادة التي هي جوهر التجنس وقد اعتد بهذه النظرية قوانين بعض الدول كالقانون الياباني لعام 1985م م 6، 8، حيث إن الأولاد لا يكتسبون الجنسية اليابانية إلا بناءً على قرار من وزير الداخلية، والإقامة ثلاث سنوات باليابان، وكذلك قانون الجنسية البرتغالي لعام 1981م في مادته الثانية، وقانون الجنسية الإنجليزي لعام 1981م مادة 3/1، وقانون الجنسية السوداني لعام 1957م - والصيني لعام 1980م مادة 14 وغيرها⁽²⁾

بينما تقوم في المقابل نظرية التبعية، ويمقتضاها يمتد أثر تجنس الأب إلى الأولاد بحيث تتغير جنسيتهم بقوة القانون، فيتبعون الأب في ذلك، وتقوم هذه النظرية على اعتبارات عدة منها، الشبه بين الأولاد القصر والآباء، يجعل ذات الاعتبار المعنى في الأب هو بذاته ما في الابن.

(1) /حسام الدين ناصف - نظام الجنسية - ص 122.

(2) انظر في عرض هذه القوانين ومبررات النظرية الماثلة - د/ أحمد سلامة - المبسوط ص 586 وما بعدها. د/ حسام الدين ناصف - نظام الجنسية - ص 120 وما بعدها، د/ هشام صادق، د/ عكاشة عبد العال، د/ حفيظة الحداد - القانون الدولي الخاص الجنسية - ص 228.

ذلك جوازى لوزير الداخلية⁽¹⁾ بينما جعل قانون الجنسية القطرية رقم 38 لسنة 2005م هذه المدة خمس عشرة سنة من تاريخ أول إقامة لهم⁽²⁾ غير أن القانون السوري قد هبط بتلك المدة إلى سنتين بدلاً من خمس سنوات، وذلك في القانون رقم 276 لسنة 1969م المادة الرابعة فقرة "ب" ⁽³⁾

ومن ذلك أيضاً القانون الفرنسى الصادر في 22 يوليو سنة 1993م في المادة 19/21 فقرة 2 مدنى التى تقرر أن الولد البالغ لشخص يكتسب أو اكتسب الجنسية الفرنسية يعفى من شرط الإقامة وهي خمس سنوات حسب المادة 17/21. ⁽⁴⁾

وكذا ما تقررره المادة 15 من قانون الجنسية البلجيكي لسنة 1932م. ⁽⁵⁾

أما الأبناء القصر للمتجنس فالوضع الغالب في القوانين المقارنة على دخول الأبناء القصر في جنسية الوالد " المتجنس " غير أن قلة من القوانين ما لا يُدخل الأبناء القصر في جنسية أبهم ومن ثم يتعين عليهم الانتظار حتى بلوغ سن الرشد واتباع طريق التجنس إذا أرادوا اللحاق بجنسية الوالد ومن هذا القبيل المادة 20 من قانون الجنسية البرازيلى الصادر سنة

(1) /حسام الدين ناصف - نظام الجنسية - ص 119

(2) /حسام الدين ناصف - نظام الجنسية - ص 119 .

(3) انظر في عرض القانون الفرنسى :

- Benabent (A) DROIT CIVIL op . cit , No , 151 , p 133 et .s
- CEDH , 26 mars 1992 , D . 1993 , somm 388 ij . c . p . 1 . 36 79 .

- Rev . Cnit . Dip . 2004 , p . 745 , coundo cass - 17 fev . 2004 .

(4) /حسام الدين ناصف - نظام الجنسية - ص 119 .

(5) /حسام الدين ناصف - نظام الجنسية - ص 120 .

ثالثاً :- القانون المصري : (1)

حيث نصت المادة 2/6 على حكم أولاد المتجنس القصر بقولها : "أما الأولاد القصر فيكتسبون الجنسية المصرية إلا إذا كانت إقامتهم العادية في الخارج وبقيت لهم جنسية أبيهم الأصلية طبقاً لقانونها، فإذا اكتسبوا الجنسية المصرية كان لهم خلال السنة التالية لبلوغهم سن الرشد أن يقرروا اختيار جنسيتهم الأصلية وتزول عنهم الجنسية المصرية متى استردوا جنسية أبيهم طبقاً لقانونها"

ويتضح من هذا النص اعتناق المقتن المصري لنظرية التبعية من حيث الأصل مع عدم إغفاله لنظرية الاستقلال، وذلك تلافياً لعيوب التبعية المطلقة ويلاحظ على هذا النص عدة أمور أهمها :- أن النص فرق بين الأبناء القصر المقيمين في مصر وبين المقيمين في الخارج، فالمقيم منهم في مصر يكتسبون الجنسية المصرية بالتبعية للأب، ويقوة القانون، وبغض الطرف عن موقف الدولة الأولى للجنسية بينما لا تمتد الجنسية المصرية إلى المقيمين في الخارج إذا ظلوا محتفظين بجنسيتهم الأجنبية، فإن كان قانون جنسية الأب السابقة يجردهم منها امتدت إليهم الجنسية المصرية هنا تلافياً لانعدام الجنسية. ومن جهة أخرى وتأكيذاً على تلافي عيوب التبعية المطلقة، قرر النص حق هؤلاء الأبناء في خلال سنة من بلوغهم سن الرشد اختيار جنسيتهم الأصلية، وبالتالي تزول عنهم الجنسية المصرية.

(1) نصت القوانين المصرية المتعاقبة على الحالة الماثلة بدءاً من المرسوم بقانون رقم 19 لسنة 1929م ومروراً بقانون عام 1950م م 8، وبقانون عام 1956م م 3/8، وبقانون عام 1958م م 3/12، وانتهاء إلى القانون رقم 26 لسنة 1975م وذلك في المادة 2/6 منه، وانظر في عرض هذا التاريخ : د/ أحمد سلامة - المبسوط ص592..

كما أن الإرادة لا يُعَوَّل عليها إلا عند اكتمال أهلية الشخص والقاصر ناقص الأهلية. كما يؤدي الأخذ بهذه النظرية إلى توحيد القانون الواجب تطبيقه في منازعات الأحوال الشخصية بين أفراد الأسرة الواحدة (1)

وتظهر هذه النظرية في أغلب النظم القانونية من ذلك قانون الجنسية الهولندية لعام 1985م مادة 1/11، وقانون الجنسية الزائري الصادر في 29 يونيو 1981م مادة 14 (2) وقانون الجنسية الفرنسية الصادر في 22 يوليو 1993م في مادته 1/22 (3) وأكثر القوانين العربية على هذه النظرية (4)

(1) في عرض هذه النظرية ومبرراتها : د/ أحمد سلامة - المبسوط ص589 وما بعدها .

(2) في عرض هذه القوانين وغيرها : د/ أحمد سلامة - المبسوط ص591 - Droitcivil Le

(3) في القانون الفرنسي Famille , op . cit , No , 151 , p 133 .
- CEDH , 26 mar . S . 1992 , D . 1993 , somm 388 iz . c . p . 1993 .
1 . 36 79 .

أبو العلا النمر - جنسية أولاد الأم ص36 .

(4) ومنها العماني لعام 1983م - مادة 4 والإمارات لعام 1975م مادة 10 والقطري لعام 1961م مادة 39 ، والكويتي لعام 1959م مادة 7 معدلة عام 1980م ، والسوري لعام 1969م مادة 2/8 ، 3 . والجزائري لعام 1970م مادة 17 ، والتونسي لعام 1963م فصل 25 ، والمغربي لعام 1958م فصل 18 - انظر : د/ أحمد سلامة - المبسوط ... ص592 ، د/ أبو العلا النمر - جنسية أبناء الأم - ص37 وما بعدها ، د/ حسام الدين ناصف - نظام الجنسية ص122 وما بعدها .

الشرط الثالث :- أن تكون إقامتهم العادية في مصر أو كانت في الخارج وفقدوا جنسيتهم لتجنس الوالد (1)

ويقوم هذا الشرط على بديلين أحدهما يقضى عن الآخر، فإذا كانت إقامة هؤلاء الأبناء القصر العادية في مصر اكتسبوا الجنسية المصرية بالتبعية للوالد وبصرف النظر عن موقف القانون الأجنبي لجنسيتهم الأصلية. والبديل الثاني يتحقق في حالة ما إذا كانت إقامتهم في الخارج سواء كانت تلك الإقامة في بلدهم الأصلي أو بلد آخر، ولكن بشرط خروجهم من جنسيتهم الأصلية كأثر مباشر على تجنس والدهم بالجنسية المصرية، أما إذا فقدوا جنسيتهم الأصلية لسبب آخر فلا محل للحديث عن الحالة الماثلة. وعلى ذلك إذا ما تحقق أي من البديلين المذكورين مع الشرطين السابقين اكتسب هذا القاصر الجنسية المصرية وذلك بقوة القانون ومن تاريخ حصول والده عليها، وتثبت هذه الجنسية وتستقر في حقهم متى جاوزوا الثانية والعشرين من عمرهم ولم يقرروا اختيار جنسيتهم الأصلية، فإذا ما فعلوا زالت عنهم الجنسية المصرية متى استردوا جنسية أبيهم طبقاً لقانونها (2)

وبعد هذا العرض السابق في الفرعين السابقين، فإن الشرائع الإنسانية شديدة الشبه والتقارب إلى درجة قد تصل إلى حد التماثل ولا عجب حيث إن أصل الإنسان واحد واتفاق الإنسانية إنما يقضى الرجوع إلى الفطرة السوية.

- (1) جاءت صورة الشرط المائل لدى : د/ أحمد سلامة - ب : أن تكون إقامتهم العادية في مصر وبدون الشرط الثاني من الشرط - المبسوط - ص 596 .
- (2) انظر في الأثر المترتب على توافر شروط الحالة الماثلة بالتفصيل : د/ أحمد سلامة - المبسوط - ص 600 وما بعدها

وقد استتبقت الفقهاء عدة شروط من النص المائل لكى يكسب الأولاد الجنسية المصرية بالتبعية للأب :

الشرط الأول :- أن يكونوا قُصراً .

ومضاد هذا الشرط استلزام كون هؤلاء الأبناء ذكوراً كانوا أو إناثاً قُصراً لم يبلغوا سن الرشد، ويخضع تحديد سن الرشد للقانون المصرى، وذلك ببلوغ إحدى وعشرين سنة ميلادية (1)

الشرط الثانى :- ثبوت نسب هؤلاء الأبناء من أولئك الآباء : (2)

حيث لا يمكن إعمال النص المائل إلا إذا ثبت نسب هؤلاء الأبناء ثبوتاً قانونياً، ويعد القانون الأصلح للأولاد وهو الأكثر تيسيراً (3) فى إثبات النسب هو الواجب التطبيق فى بيان مدى ثبوت النسب وعدمه، سواء أدى ذلك إلى تطبيق القانون المصرى أو الأجنبى .

- (1) د/ أحمد سلامة - المبسوط - ص 593 ، 594 ، د/ أحمد سلامة ، د/ محمد الروبى - قانون الجنسية ومراكز الأجانب - 2003 - ص 216 .
- (2) انظر بالتفصيل : د/ أحمد سلامة - المبسوط - ص 594 : 596 .
- (3) وهذا هو رأى د/ أحمد سلامة - المبسوط - ص 596 حيث عرض لرايين سابقين ويقوم أولهما على عقد الاختصاص للقانون الواجب تطبيقه على الحالة الشخصية للأب وهو قانون الدولة التى اكتسب جنسيتها ، ويقوم الرأى الثانى على إعطاء ذلك الاختصاص للقانون الذى تشير إليه قاعدة الإسناد سواء أرشدت إلى قانون الولد الأصلي أو قانون الوالد الطارئة ، ثم يقول سيادته : وعلى خلاف الرايين السابقين ، فإننا نقترح تطبيق القانون الأصلح لمصلحة الولد القاصر وذلك تلاقياً لانعدام الجنسية .

النتائج المترتبة على المطلب الأول

اتضح من العرض السابق أن الأب له دور كبير في كافة الأنظمة في نقل الجنسية للأبناء، وقد جاء القانون المصري متفقاً مع الفقه الإسلامي في النتيجة أو المحصلة النهائية لتنظيم المسائل المعروضة آنفاً ومن أهم مظاهر ذلك :-

فمن جهة : يكتسب الابن جنسية أبيه الأصلية متى ولد لأب مسلم أو مصري بحسب لغة الفقه الإسلامي والقانون .
ومن جهة ثانية : يكتسب الابن جنسية أبيه الطارئة متى أسلم أبوه أو تجنس بجنسية الدار [الدولة] بحسب الفقه الإسلامي والقانون المصري .
ومن جهة ثالثة : فإنه يشترط في الابن في حالة اكتساب جنسية والده الطارئة أن يكون هذا الابن قاصراً في الفقه الإسلامي والقانون المصري .

ومع ذلك تمايز القانون والفقه الإسلامي من عدة نواح :-

فمن جهة : "أساس منح الجنسية" فإن أساس منح الجنسية في الفقه الإسلامي وكما سبق بيان ذلك إنه الإسلام في حق المسلم وغير المسلم الذي يخضع لأحكام الإسلام، أما أساس منح الجنسية في القانون المصري فهي القوانين المنظمة لمادة الجنسية والتي يغلب عليها الصفة العلمانية .

ومن جهة ثانية : "تقسيم المستحق للجنسية" فإن الفقه الإسلامي قسم وفرق بين الأب المسلم والابن المسلم من جانب ومن جانب آخر الأب والابن غير المسلمين، بينما فرق القانون بين الأب المصري والأب غير المصري

ويرغم تفريق الفقه الإسلامي بين المسلم وغير المسلم في التنظيم إلا أنه لا فرق بينهما في الأحكام فكلاهما يؤثر في جنسية الأبناء على حد سواء .

المطلب الثاني

فقد أو استرداد الجنسية تأثراً بالأب

قد يتخلى الوالد عن جنسيته على نحو يؤثر على أولاده، ثم يحلوه له احتفاظاً بهذه الجنسية أو استردادها فما أثر ذلك على الأولاد ؟

للإجابة على هذا السؤال أقسم هذا المطلب إلى عدة فروع :-

الفرع الأول

فقد الأولاد لجنسيتهم تأثراً بالوالد

إذا كانت القاعدة أن الولد يتبع أباه دائماً، فهل تسرى على حالة فقد الوالد لجنسيته أم أن الأمر مختلف ؟

الفقه الإسلامي

إن الوطني في دار الإسلام قد يتعرض لما يفقد به جنسيته أو قد يتعمد ترك هذه الجنسية وذلك بالحقوق بدار غير المسلمين والانقطاع عن دار الإسلام، فإذا ما فقد ذلك الوطني جنسيته لأي سبب فإن ذلك الفقد لا يؤثر من حيث الأصل في جنسية أولاده فلا يفقدون جنسية دار الإسلام، وهذا ما صرح به بعض الفقهاء فمن ذلك قول أحدهم : " وإذا بطل أمان رجال لم يبطل أمان نسائهم والصبيان في الأصح ... " ⁽¹⁾ وهذا في حق

(1) الشربيني - مغنى المحتاج - ج 6 - ص 85، ثم يضيف قائلاً، لأن الأمان قد ثبت لهم ولم يوجد منهم نقض له فلا يجوز سببهم، وقيل يبطل لأنهم دخلوا تبعاً فيزول بزواله عن الأصل . أ . هـ .

المستأمن الأجنبي وهو في حق الوطني أولى! وفى لفظ أفصح يقول آخر :
 "ولا ينتقض عهد نسائه وأولاده بنقض عهده"⁽¹⁾ فهذا هو الأصل أن لا يفقد
 الولد الجنسية تأثراً بفقد الوالد لها .

وإن كان هذا هو الأصل فإن استثناء منه بمقتضاه يفقد الأولاد
 جنسية دار الإسلام تأثراً بفقد الوالد لها وذلك في الحالة التي تؤدي بهم إلى
 الخروج النهائي من دار الإسلام وعلى غير نية العودة إلى دار الإسلام . وقد
 صرح الفقهاء بمثل هذا فقد نص الحنفية مثلاً على أن الوطني غير المسلم
 إذا لحق بدار غير المسلمين، فإن هذا ينقض عهده ويخلع عنه جنسية دار
 الإسلام⁽²⁾ وقال بعض الحنابلة : ولا ينتقض عهد نسائه وأولاده إلا أن
 يذهب بهم إلى دار غير المسلمين⁽³⁾ وعلى هذا فإذا ترك الأولاد دار الإسلام
 ولحقوا بالوالد الذي فقد جنسية الدار على غير نية العودة إليها فإن هذا
 يخلع عنهم جنسية الدار .

القانون المقارن

من المتصور أن يتأثر الابن بالأب في فقد الجنسية وذلك على صور
 أربع :-

أولها :- عند فقد الوالد الجنسية الأصلية بالتجنس بجنسية أجنبية.
 وقد نص على هذه الصورة المقتضى المصرى بالمادة 2/11 من القانون
 رقم 26 لسنة 1975م بقولها : "أما الأولاد القصر فتزول عنهم الجنسية

(1) المرادوى السعدى - الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد

بن خنبل - ج 4 - ص 244

(2) الكاسانى الحنفى - بدائع الصنائع - ج 7 - ص 112 ، 113 .

(3) ذكره صاحب الإنصاف - ج 4 - ص 244 ، وأشبار بهامشه (3) إلى العمدة

والعدة (620) .

المصرية إذا كانوا بحكم تغيير جنسية أبيهم يدخلون في جنسيته الجديدة
 طبقاً لقانونها ... " ويتم إعمال هذه المادة في إطار جملة من الشروط تتمثل
 في فقد الوالد الجنسية الأصلية بطريق قانونى بالتجنس بجنسية أجنبية
 إعمالاً لحكم المادة 1/10 من القانون المائل، وأيضاً دخول الأبناء القصر
 في جنسية الأب الجديدة دخولاً فعلياً⁽¹⁾ فإذا توافرت تلك الشروط زالت
 الجنسية عن الأولاد القصر بالتبعية للأب وذلك بقوة القانون ودون أثر
 رجعى⁽²⁾

ويقضى بذات الحكم القانون السعودى مادة 12 بقولها : "أما الأولاد
 القصر فيفقدون الجنسية العربية السعودية إذا كانوا بحكم تغيير جنسية
 أبيهم يدخلون في جنسيته بمقتضى القانون الخاص بهذه الجنسية
 الجديدة"⁽³⁾ وهو الحكم بذاته في القانون الكويتى فى المادة 11 من
 المرسوم الأميرى رقم 15 لسنة 1959م .⁽⁴⁾ بينما يجعل القانون البحرى
 لهذا الفقد سببين وذلك بالمادة 9 من قانون الجنسية البحرينية لعام 1963م

(1) لمزيد من التفصيل فى شروط إعمال هذه المادة المائلة فى الفقه : د/ فؤاد رياض -

الوسيط ... - ص 232 ، 233 ، د/ عكاشة عبد العال - القانون الدولى الخاص -

الجنسية دار الجامعة الجديدة - إسكندرية 1996م ص 359 ، 360 ، د/ أحمد

سلامه ، د/ محمد الروبى - قانون الجنسية - ص 266 ، 267 ، وقد أضاف

سيادته أشرط كون الأولاد قصرأ ، د/ محمود مصيلحى ، د/ صلاح الدين جمال -

مبادئ - ص 159 ، 160

(2) د/ أحمد سلامه ، د/ محمد الروبى القانون . - ص 267 ، د/ محمود مصيلحى ،

د/ صلاح الدين جمال - مبادئ ... ص 160

(3) فى العرض والتعليق : د/ عشوش ، د/ باخشب - أحكام - ص 314 وما

بعدها .

(4) فى العرض والتعليق : د/ عشوش ، د/ باخشب - أحكام - ص 564 .

ويمثل هذه الصورة جاءت بعض القوانين العربية (1)

ثالثها : سحب الجنسية الطارئة من الأولاد تأثراً بسحبها من الوالد إعمالاً لحكم المادة 15 :

حيث تنص المادة 15 من القانون المصري بجواز سحب الجنسية ممن اكتسبها بطريق الغش أو بناء على أقوال كاذبة خلال السنوات العشر التالية لاكتسابه إياها، وكذلك في عدة حالات نصت عليها المادة الماثلة، ثم جاءت المادة 17 فرتبت آثاراً عليها بقولها : " يترتب على سحب الجنسية في الأحوال المنصوص عليها في المادة 15 زوالها من صاحبها وحده، على أنه يجوز أن يتضمن قرار السحب سحبها كذلك ممن يكون قد اكتسبها معه بطريق التسمية كلهم أو بعضهم " فالقنن جعل أمر السحب الخاص بالتابعين جوازياً، ثم جعله ممكناً في حق البعض دون الآخرين، ويبدو أو كما يرى بعض الفقهاء (2) أن الذين تسحب منهم الجنسية من التابعين هم من قامت في حقهم ذات أسباب السحب حتى يكون مبرراً هذا التمييز، ويرى البعض (3) أنه لا يجوز تهديد أثر السحب في الحالة التي يتم سحب

الوسيط ص 219 .
ص/ صلاح الدين جمال - مبادئ - ص 139 وما بعدها ، د/ فؤاد رياض -

(1) على سبيل المثال أنكر م 14 من قانون الجنسية السعودية الصادر برقم 5604/20/8 في 25 / 1 / 1374 هـ والقانون الكويتي في المادة 7 من المرسوم الأميري رقم 15 لسنة 1959 م ، والقانون الإماراتي في المادة 10 من القانون الاتحادي رقم 17 لسنة 1972 م ، والقانون القطري في المادة 9 من قانون الجنسية القطرية (1) و (2) رقم 2 لسنة 1961 م .

(2) د/ فؤاد رياض - الوسيط - ص 248 ، 249 .

(3) د/ أحمد سلامة - المبسوط - ص 769 ، ويؤيد في ذلك : د/ محمود مصيلحي ، د/ صلاح الدين جمال مبادئ - ص 184 .

بقولها : " يفقد البحريني جنسيته البحرينية (أ) إذا تجنس مختاراً (ب) إذا تنازل عن جنسيته البحرينية ... 2 - إذا فقد شخص الجنسية البحرينية بموجب هذه المادة فقدّها معه أولاده القاصرون . (1) وفي فرنسا لا يتأثر الولد البالغ بفقد الوالد لجنسيته الفرنسية وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية في أحكامها هذا المعنى (2)

ثانيها : فقد الولد لجنسيته الطارئة التي اكتسبها بالتبعية للوالد :

وهذه الصورة نص عليها القانون المصري في المادة 2/6 التي تُقرر حق الأولاد القصر عند بلوغهم سن الرشد إمكانية التخلي عن الجنسية المصرية التي اكتسبوها بالتبعية للوالد المتجنس، ويشترط لإعمال هذه الصورة أن يكون الابن القاصر قد بلغ سن الرشد، وأن يتم هذا التخلي خلال سنة من بلوغ سن الرشد، وأن يعلن الابن رغبته هذه إلى السلطات المصرية، وأن يسترد الابن جنسيته الأجنبية بالفعل . (3)

(1) في العرض والتعليق : د/ عشوش ، د/ باخشب - أحكام - ص 598 .

(2) في حكمها الصادر عن دائرتها المدنية الأولى بتاريخ 17 فبراير 2004م قضت محكمة النقض الفرنسية بأن " فقد الجنسية الفرنسية لا ينتج أي أثر بشأن جنسية الطفل

الذي أصبح بالغاً " ويجرى النص بالفرنسية على النحو التالي :-
" L , ambulation d'une de clarification demationalite francaise ne pyoduit aucun effet sur la mationalite de l'emfant du declarant devenu majeur "

وقد استندت محكمة النقض الفرنسية صراحة في هذا الحكم على المادة 1/20 المادة 29 من قانون الجنسية [

انظر :

- Rev . cnit . D . P . 2004 , P 745 , cow de cass 17 fev . 2004 .

- C : V . LNE 17jwn 1980 , Rev enit . Dip , 1981 . 73 .

(3) في شرح الحالة الماثلة انظر : د/ عكاشة عبد العال - القانون - ص 358 ، 359 ، د/ أحمد سلامة المبسوط ص 729 وما بعدها ، د/ محمود مصيلحي ،

الجنسية فيها من الأصل بسبب ارتكابه جريمة مخلة بالشرف أو مضرّة بأمن الدولة، وذلك حيث إنه يُنم عن خلل في شخص من ارتكب الجريمة وحده وليس أفراد أسرته .

وبالحق يتفق هذا القول الأخير مع أحكام الشريعة الإسلامية⁽¹⁾

ومنهج القانون المصري⁽²⁾

وفى الختام فالأصل عدم سريان سحب الجنسية على الأولاد

والاستثناء جواز سحب هذه الجنسية تأثراً بالوالد .

وقد أصاب المقتنّ السعودى حينما قرّر فى المادة 23⁽³⁾ : " ... ويتربّ على سحب الجنسية العربية السعودية من المتجنّس بها زوال هذه الجنسية عن صاحبها وسحبها أيضاً ممن كان قد اكتسبها من المتجنّس بطريق التبعية ... " فالنص المائل يجعل قرار السحب يشمل الأولاد بقوة القانون إلا إذا : " ثبت أن من اكتسبها بالتبعية من ذوى الأخلاق الحسنة وثبت عدم وجود ما يمنع منح الجنسية، فتمنح له مع احتساب المدة الماضية له ... "

وإن كنت قد رجحت مسلك المقتنّ السعودى هنا بوجه عام لكن يؤخذ عليه أنه جعل الأصل فى الإنسان الإدانة إلى أن يثبت العكس، وكان الأجدر به أن يقرر خلافه فيجعل الأصل فى التابعين حسن النية

(1) أما عن اتفاه مع أحكام الشريعة لأن الشريعة بنت أحكامها على أن " لا تزرر وازرة وزر أخرى " ، وقد سبق النقل عن الإمام السعدى قوله : " و لا ينتقض عهد نسائه وأولاده بنقض عهده " الإنصاف - ج4 - ص244 .

(2) وعن القانون فلا شك من قيام مبدأ راسخ قوامه شخصية العقوبة التى تنافى سريان فقد الجنسية وسحبها عقوبة على غير ما فعل الأبناء .

(3) المادة 23 من قانون الجنسية السعودى رقم 5604/20/8 الصادر بالقرار رقم 4 فى

والأخلاق إلى أن يثبت العكس، وقد سبق القول بأن الفقهاء القدماء قالوا بأن الأصل عدم فقد الأولاد للجنسية تأثراً بالوالد، وأن فقد تأثراً به استثناء .

بينما ذكرت المادة 13 من قانون الجنسية الكويتى خمس حالات

يجوز فيها سحب الجنسية ممن اكتسبها إذا توافرت إحداها فيه، فقد قررت المادة أنه يجوز سريان السحب على التابعين فى حالتين فقط هما المنصوص عليهما بالبندين 4، 5 وتقضى فى البند 4، وإذا استدعت مصلحة الدولة العليا أو أمنها الخارجى ذلك، ويجوز فى هذه الحالة سحب الجنسية ممن يكون قد اكتسبها معه بطريق التبعية . 5- إذا توافرت الدلائل لدى الجهات المختصة على قيامه بالترويج لمبادئ من شأنها تقويض النظام الاقتصادى أو الاجتماعى فى البلاد ويجوز فى هذه الحالة سحب الجنسية ممن اكتسبها معه بطريق التبعية⁽¹⁾ وكان هذا أخف وطأة من القانون المصرى وقريباً من القانون المصرى جاء حكم المادة 16 إماراتى⁽²⁾ رابعها:- **أثر إسقاط الجنسية عن الوالد على الأولاد :**

لم تُقم القوانين العربية وزناً لسقوط الجنسية عن الوالد على الأولاد بل إنها لتنص صراحة على انتفاء كل أثر لهذا السقوط فمن ذلك المادة 2/17 من القانون المصرى رقم 26 لسنة 1975م والتى تنص على أنه : يترتب على إسقاط الجنسية فى الأحوال المبينة فى المادة 16 زوالها عن

(1) م 13 من المرسوم الأميرى رقم 15 لسنة 1959م .

(2) م 16 من القانون الاتحادى رقم 17 لسنة 1972م ، بينما يجعل القانون البحرى فقد للأولاد وجوباً كما فى المادة 9 - 2 ، بقولها : " إذا فقد شخص الجنسية البحرينية بموجب هذه المادة فقدما معه أولاده القاصرون " انظر القانون الصادر فى 1963/9/16م .

القانون المصري مختلفاً فيفقد الولد جنسيته تأثراً بوالده في حالات ثلاث:-

أولها: عند فقد الوالد الجنسية الأصلية بالتجنس بجنسية أجنبية .

وثانيها: عند فقد الوالد الجنسية الطارئة التي اكتسبها عند تخلي

الولد عنها .

وثالثها: عند سحب الجنسية الطارئة من الوالد الذي اكتسبها

بطريق الغش .

ويتفق القانون المصري مع الفقه الإسلامي في عدم تأثر الأولاد بإسقاط الجنسية عن الوالد وإن كان القانون المصري متفقاً مع الفقه الإسلامي في هذا الأمر إلا أن الأمر مختلف بين الفقه الإسلامي الذي بنى فيه هذا الأمر على قواعد الشريعة الإسلامية وأصولها ، بينما بنيت حالات الإسقاط في القانون على قواعد قانونية محددة حصراً لا يقاس عليها ولا يتوسع فيها .

الفرع الثاني

الاحتفاظ أو الاسترداد للجنسية تأثراً بالوالد .

لما كانت جنسية الأولاد على خطر الفقد أو السلب أو التجريد مما يصل بهم إلى انعدام الجنسية وهو أمر منافي لقيم وأعراف ومواثيق الإنسانية فقد عرفت النظم القانونية وسائل تمنع أو تحد من ظاهرة انعدام الجنسية ، ومن هذه الوسائل الاحتفاظ بالجنسية أو الاسترداد ، ولما كان الفقه الإسلامي على النحو السابق لا يقيم وزناً لفقد الرجل لجنسيته على أولاده وكان هذا الفقد إذا حدث أمراً استثنائياً فلا حاجة حينئذ للحديث

صاحبها وحده " بل إن قانون الجنسية السعودي لم يكتف بنفى أثر إسقوط الجنسية على الأولاد بل صرح بـ .. أما الأولاد الصغار فإذا كانوا مقيمين في غير أراضى المملكة العربية السعودية لهم الحق عند بلوغهم سن الرشد في اختيار الجنسية السعودية بدون قيد ولا شرط ، كما يخولون كافة الحقوق التي للسعوديين بدون استثناء .. " (1) فلم يكتف المقنن بنفى كل أثر لإسقوط جنسية الوالد على الأولاد بل أكد على بقائهم على جنسيتهم حتى ولو كانوا مقيمين خارج المملكة ، بيد أن القانون القطري قد أجاز هذا الإسقاط على الأولاد تبعاً وعلى سبيل الاستثناء حيث تنص الفقرة الأخيرة من المادة 15 على أنه : " ويترتب على إسقاط الجنسية في جميع الحالات المتقدمة ... أن تزول الجنسية عن صاحبها وحده " وهذا هو الأصل " إلا إذا ثبت أن صيانة مصالح الدولة العليا وضرورات المحافظة على الأمن العام تقتضى غير ذلك " (2) فإذا ثبت أن بقاء الأولاد على الجنسية القطرية بعد إسقاط جنسية الوالد سقطت الجنسية عن الأولاد على سبيل الاستثناء .

النتائج المترتبة على هذا الفرع

اتضح من العرض السابق مدى تأثر الابن بفقد والده للجنسية ، وقد ظهر مما سبق أن الفقه الإسلامي لا يرى فقد الابن لجنسية نتيجة فقد والده لهذه الجنسية كقاعدة عامة وكان الاستثناء عليها أن يفقد الابن هذه الجنسية التي فقدها والده ولكن بشرط أن يخرج هذا الابن من دار الإسلام خروجاً دائماً على نية اللامعة إليها . بينما كان الوضع في

(1) م 19 من قانون الجنسية السعودي رقم 5604/20/8 الصادر بالقرار رقم 4 في

1374 / 1 / 25 هـ .

(2) م 15 من قانون الجنسية القطرية (1) ، (2) رقم 2 لسنة 1961 م .

عن الاحتفاظ أو الاسترداد إلا في الحالات الاستثنائية وهى كما هو معلوم لا يقاس عليها ولا يتوسع فيها .

وقد عرف القانون المصرى الاحتفاظ بالأولاد القصر بالجنسية المصرية عند تجنس والدهم بجنسية أجنبية وذلك بما قرره فى المادة 10 بقولها : " ... ومع ذلك يجوز أن يتضمن الإذن بالتجنس إجازة احتفاظ وأولاده القصر بالجنسية المصرية إذا أعلن رغبته فى الإفادة من ذلك خلال مدة لا تزيد عن سنة من تاريخ اكتساب الجنسية الأجنبية ظلوا محتفظين بجنسيتهم المصرية رغم اكتسابهم الجنسية الأجنبية " .

وقد نظم القانون المصرى أحكام استرداد الأولاد لجنسيتهم التى تخلوا عنها أو فقدوها بسبب الوالد ، وذلك بالمادة 11 والتى تقرر " .. على أنه يسوغ لهم خلال السنة التالية لبلوغهم سن الرشد أن يقرروا اختيار الجنسية المصرية " .

بل إن المقتن - خروجاً على هذه القاعدة وبدون مراعاة المدة - أجاز لكل من سحبت منه الجنسية أو تخطى عنها أو أُسْتُطِعت عنه أن يسترد هذه الجنسية وذلك بمقتضى قرار من وزير الداخلية بعد مضى خمس سنوات من تاريخ السحب أو الإسقاط ، أو بقرار من رئيس الجمهورية فى أى وقت وذلك بما قرره المادة 18 من القانون رقم 26 لسنة 1975 م .

وطبقاً للقانون رقم 154 لسنة 2004م الذى أجاز للقصر التخطى عن الجنسية المصرية لمن ثبت له جنسية أجنبية إلى جانب الجنسية المصرية وذلك بموجب المادة الأولى فقرة 3 ، ثم عاد المقتن فى الفقرة 4 وأقر بحق القاصر هذا فى استرداد الجنسية المصرية عند بلوغه سن الرشد وذلك فى خلال السنة التالية لبلوغه سن الرشد .

النتائج المترتبة على الفرع الماثل

لما كان الفقه الإسلامى لا يرى تأثير فقد الوالد لجنسيته على أولاده لم يكن من ثم مجالاً للحديث عن الاحتفاظ بالجنسية أو استردادها للأولاد حيث إنهم لم يفقدوها ابتداءً ، وهذا بخلاف ما انتهجه المقتن المصرى الذى قُتِنَ حالات الاحتفاظ بالجنسية أو استردادها لمن فقدها ، وهذا كله داخل فى إطار التقنين المادى الذى انتهجه القانون المصرى فى تنظيمه لمسائل الجنسية ، وبالتالي فإن مجئ قانون الجنسية المصرية علمانى المبدأ والمنتهى قد يجعل قانون الجنسية المصرى على خطر عدم الدستورية ، حيث إنه لم يراعِ أحكام المادة الثانية من الدستور المصرى التى تجعل الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى للتشريع ، ولعل هذا مما سوف يراعيه كثيراً مقتن ما بعد الثورة .

الفرع الأول

مدى تأثير جنسية الأم في جنسية أولادها في القانون المقارن .

في الواقع توجد عدة اتجاهات في القانون المقارن .

الاتجاه الأول : المساواة بين أثر الأب والأم في نقل الجنسية إلى الأبناء ، ويسير على هذا الاتجاه الغالبية من القوانين المختلفة فمن ذلك قانون الجنسية البلجيكي الصادر في 28 يونيو 1984 م في المادة الثامنة وقانون الجنسية الهولندي لعام 1985 م (م 3 / 1) والبرتغالي لعام 1981 م (م 1 بند 1) والياباني لعام 1985 م (م 2 / 1) والبريطاني لعام 1981 م (م 1 / 1 - أ) والصيني لعام 1980 م (م 4 ، 5) (1)

وهو المتبع في القانون الفرنسي الصادر في (2) 9 من يناير 1973 م في مادته 17 والتي تقضى بمنح الجنسية الفرنسية لكل طفل ولّد لأب أو

(1) انظر في عرض هذه القوانين وغيرها تفصيلاً : د/ أبو العلا على النمر جنسية أولاد الأم المصرية - دار النهضة العربية ص 35 وما بعدها ، د/ عكاشة عبد المال - القانون الدولي الجنسية - 1996 م - دار الجامعة الجديدة ص 138 وما بعدها ، د/ أحمد سلامة - الأم الخليجية وجنسية الأولاد في قوانين جنسية دول مجلس التعاون الخليجي مجلة التعاون الصادرة عن مجلس التعاون الخليجي - السنة السابعة . العدد 26 يونيو 1992 م - ص 16 .

(2) انظر في القانون الفرنسي

1 . 1993 . p . 388 , t . c . p . 388 , somm . 1993 , D . 1992 , 2 , mar s . 1992 , CED H , 2 , p 133 Benabent (A) DROIT CIVIL La famille No 151 , p 133 .

- Rev . cuit . D . P . 2004 , P . 745 , Com de cass - 17 fev . 2004 .

- C : V . LNE 17 Juin 1980 , Rev . cnit . Dip 1981 . 73 .

د/ عكاشة عبد المال - القانون - ص 138 ، د/ أبو العلا النمر - جنسية أولاد الأم - ص 35 ، 36 ، 37

المبحث الثاني

تأثير جنسية الأبناء بالأم

ما من شك فيما للأُم من أثر على الأبناء شكلاً وطبعاً وسلوكاً فهل يمتد ذلك التأثير إلى مجال الجنسية ؟ وهل لصحة أو فساد النكاح محل اعتبار على جنسية الأولاد ؟

ودراسة هذا البحث تستدعي منى تقسيمه إلى مطالب ثلاثة :

الأول : تأثير الأم في جنسية الأبناء قبل صدور القانون 154 لسنة 2004 م وموقف الفقه والقانون المقارن .

الثاني : الوضع بعد صدور القانون 154 لسنة 2004 م .

الثالث : مدى الاعتماد بصحة أو فساد الزواج في مجال جنسية الأولاد .

المطلب الأول

تأثير الأم في جنسية الأبناء قبل صدور القانون 154 لسنة 2004 م وموقف الفقه والقانون المقارن .

انساق القانون المصري حيناً من الدهر كغيره من القوانين العربية في اتجاه كان له الغلبة ثم ما لبث أن أفل نجمه ويومها كان الخلاف قائماً بين الفقهاء بين مؤيد لمسلك القانون المصري ، و معارض له ، ومن هنا أُقسم هذا المطلب إلى الفروع الآتية :

وكذا القانون الكويتي رقم 15 لسنة 1959م في مادته 1/3 " يكون كويتياً : من وُلِدَ في الكويت أو في الخارج من أم كويتية وكان مجهول الأب أو لم تثبت نسبته لأبيه قانوناً، أو كان أبوه مجهول الجنسية أو لا جنسية له " (1)

وكذلك القانون الإماراتي رقم 17 لسنة 1972م في مادة 2 / ب، ج، د، هـ (2)

الاتجاه الثالث الذي يقوم على الاعتداد بتأثير جنسية الأم على الأولاد إذا عززته أمور أخرى كالإقامة أو الميلاد بالإقليم أو غيرها .

وتأخذ بهذا الاتجاه بعض قوانين الدول العربية كالقانون اليمني رقم 2 لعام 1975م في مادته 3 / 2 وقانون الجنسية السوري الصادر عام 1969م والعراقي رقم 37 لسنة 1963م المعدل بالقانون 147 لسنة 1968م والأردني رقم 6 لسنة 1954م والمعدل بالقانون رقم 7 لسنة 1963 م (3) (4/3)

(1)د/ عشوش ، د/ باخشب - أحكام - ص 561
(2)عشوش ، د/ باخشب - أحكام - ص 574 ، 575 .
(3)د/ أبو العلا النمر - جنسية - ص 40 ، والذي يشير إليه كل من : د/ فؤاد رياض ، د/ ماهر السداوي أحكام الجنسية في الجمهورية اليمنية - مكتبة رأفت سعيد 1984م - ص 14 وما بعدها ، د/ عنايت عبد الحميد ثابت - على هامش تشريع تنظيم الرعوية اليمنية - دراسة تحليلية انتقادية لتشريع تنظيم رعووية الجمهورية اليمنية 1990م - ص 40 ، 41 ، د/ جابر جاد عبد الرحمن - مجموعة قوانين الجنسية في الدول العربية - معهد البحوث والدراسات العربية - 1970م - ص 106 ، 24 .

أم فرنسية وذلك سواء وقع الميلاد في فرنسا أو في الخارج وقد حدث تعديل على هذا القانون بمقتضى التعديل الصادر في 22 من يوليو 1993م، والذي بمقتضاه أصبح من حق الطفل الذي وُلِدَ في الخارج التخلي عن الجنسية الفرنسية في خلال ستة أشهر قبل بلوغه سن الرشد، وكذا الأثني عشر شهراً التالية لبلوغه 18 / 1 ومن الدول العربية من تأخذ باتجاه قريب من هذا ومنها تونس وذلك بمقتضى التشريع التونسي الصادر عام 1963م والمعدل عام 1993م حيث يقضى في الفصل 12 من مجلة الجنسية التونسية على أنه : " يصبح تونسياً من وُلِدَ خارج تونس من أم تونسية وأب أجنبي على أن يُطالب بهذه الصفة بمقتضى تصريح خلال العام السابق على سن الرشد ، أما قبل البلوغ لسن التاسعة فيصبح تونسياً بمجرد تصريح مشترك من أمه وأبيه " (1)

أما عن الاتجاه الثاني فيقوم على الاعتداد بتأثير جنسية الأم على الأبناء مادام قد انعدم تأثير جنسية الأب عليهم (2) ويتحقق هذا الوضع في الحالة التي يكون فيها الأب مجهولاً، أو عديم الجنسية أو مجهولاً، وتأخذ بهذا الاتجاه أكثر القوانين العربية ومن ذلك مثلاً . قانون الجنسية السعودي الصادر في 22 / 2 / 1974م في مادته السابعة والتي تنص على أن " يكون سعودياً من ولد داخل المملكة من أبوين مجهولين .. أو أم سعودية وأب مجهول الجنسية أو لا جنسية له " (3)

(1)د/ فؤاد رياض - نحو تعديل قانون الجنسية المصري - المجلة المصرية للقانون الدولي - المجلد 50 - 1994م - ص 11 .
(2)د/ أبو العلا النمر - جنسية أولاد الأم - ص 38 .
(3)د/ عشوش ، د/ باخشب - أحكام - ص 506 .

الاتجاه الرابع : ويقوم على عدم الاعتراف بأى أثر لجنسية الأم على أولادها : ويعرف هذا الاتجاه فى القانون القطرى رقم 2 لسنة 1961م المعدل بالقانون رقم 3 لسنة 1969م وقانون الجنسية السودانى المعدل بالقانون رقم 66 لسنة 1959م (1)

الفرع الثانى

وضع المسألة فى القانون المصرى قبل صدور القانون

رقم 154 لسنة 2004م

لقد مرتقنين الجنسية فى مصر بعدة مراحل بدءاً من المرسوم بقانون رقم 19 لسنة 1929م ومروراً بالقانون رقم 60 لسنة 1950م، والقانون رقم 391 لسنة 1956م، والقانون رقم 82 لسنة 1958م، وأخيراً بالقانون رقم 26 لسنة 1975م (2)

وقد ميز قانون 1975م بين نوعى الجنسية الأصلية والطارئة .

أما الجنسية الأصلية لأولاد الأم فقد نص عليها فى المادة 2 بقولها : " يكون مصرياً 1- 2- من ولد فى مصر من أم مصرية ومن أب مجهول الجنسية أو لا جنسية له . 3- من ولد فى مصر من أم مصرية ولم تثبت نسبته إلى أبيه قانوناً "

ومن ثم يلزم لإعمال هذه المادة توافر شروط ثلاثة وهى :

(1) أبو العلا النمر - جنسية - ص 40 ، 41 .

(2) انظر فى عرض تاريخى لهذه النصوص : د/ أبو العلا النمر - جنسية أولاد الأم - ص 42 وما بعدها

كون الأم مصرية وقت ميلاد الطفل، وثبوت نسبه من أمه قانوناً، وحدوث الميلاد فى مصر مع مراعاة أن الأب إما أن يكون مجهول الجنسية، أو عديم الجنسية أو لم يثبت نسب الابن إليه قانوناً . هذا عن الجنسية الأصلية أما عن الجنسية الطارئة فقد نص عليها القانون المائل فى مادته الثالثة، وذلك بالقول بأنه : " يعتبر مصرياً من وُلد فى الخارج من أم مصرية ومن أب مجهول أو لا جنسية له أو مجهول الجنسية إذا اختار الجنسية المصرية خلال سنة من تاريخ بلوغه سن الرشد بإخطار يوجّه إلى وزير الداخلية بعد جعل إقامته العادية فى مصر، ولم يعترض وزير الداخلية على ذلك خلال سنة من وصول الإخطار إليه " ومن ثم يلزم لإعمال الحالة المائلة عدة شروط تتمثل فى ميلاد الابن خارج مصر، وكون الوالد مجهولاً أو لاجنسية له أو عديم الجنسية، وأن يجعل الولد إقامته العادية فى مصر وقت بلوغه سن الرشد، وأن يعبر عن إرادته فى اكتساب الجنسية المصرية خلال سنة من تاريخ بلوغه سن الرشد، وأن لا يعترض وزير الداخلية على دخول هذا الابن فى الجنسية المصرية خلال سنة من وصول الإخطار إليه (1)

(1) انظر فى عرض هاتين الحالتين فى الفقه المصرى : د/ فؤاد رياض - الوسيط - ص 164 : 174 ، ص 195 : 199 ، د/ بدر الدين شوقى - الوسيط - ص 63 : 69 ، د/ عكاشة عبد العال القانون - ص 138 وما بعدها . د/ أحمد سلامة ، د/ محمد الروبى - قانون الجنسية المصرية - ص 154 وما بعدها ، د/ أبو العلا النمر - جنسية .. - ص 42 وما بعدها ، محمود صلاح الدين مصلحي مبادئ - ص 47 وما بعدها ، ص 96 وما بعدها ، د/ سراج حسين أبو زيد - محاضرات فى القانون الدولى ص 101 وما بعدها .

الفرع الثالث

موقف الفقه المصري (المؤيد والمعارض)

فى ظلال القانون 26 لسنة 1975م ثار الفقهاء المصريون ثورة عارمة منددين بما جاء به من أحكام تخص أولاد الأم المصرية حتى قال بعض الفقهاء : (1) "ولا شك أن وضع المقتن المصري الأم فى مرتبة أدنى من الأب من حيث القدرة على نقل الجنسية للمولود أمر يتنافى مع مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة فحسب بل يتجاهل حقيقة التأثير النفسى والاجتماعى للأم على المولود...." بينما انبرى نضر من الفقهاء المصريين مدافعين عن مسلك المقتن المصرى، ومن هنا نشأ فى الفقه اتجاهان أحدهما مؤيد والآخر معارض ومندد .

الاتجاه الأول : المؤيد لمسلك المقتن المصرى مع أبناء الأم فى القانون 26 لسنة 1975م ويمثل هذا الاتجاه بعض رجال الفقه المصرى (2) ويعتمدون فى ذلك على عدة حجج أهمها :- فمن جهة أن الكثافة السكانية العالية تمثل عنصراً ضاعطاً على المقتن عند تناوله لمسائل

- (1) د/ فؤاد رياض - الوسيط ص 173 .
(2) إبراهيم أحمد إبراهيم - مركز المرأة فى قانون الجنسية المصرى - ص 465 وما بعدها ، د/ حسام الدين فتحى ناصف - أثر انعقاد الزواج وانحلاله على جنسية أفراد الأسرة 1966م - ص 48 وما بعدها ، جنسية أبناء الأم المصرية المطلقة من أجنبى - مجلة العلوم القانونية والاقتصادية - العدد الثانى يوليو 1993م - السنة 35 ص 947 وما بعدها ، د/ محمد الغنام - مقالات فى جريدة الأهرام " رؤية إنسانية لأبناء الأم المصرية من زوج أجنبى - نقلاً عن : د/ حفيظة الحداد - الاتجاهات المعاصرة فى الجنسية - دار الفكر الجامعى 2003م - ص 4 هامش 1 ، د/ عز الدين عبد الله - القانون الدولى الخاص - ج 1 - ط 11 - ص 377 ، 378

الجنسية "أما السبب الأول والأهم ظاهرياً هو الخوف من الانفجار السكاني الذى ستزيد خطورته بإدخال أبناء الأم المصرية فى الجنسية المصرية (1) ، لكن الواقع أن ما يسمى بالمشكلة السكانية ليس السبب فيه قانون الجنسية ولن يزيد من حجمه أضعاف أبناء الأم المصرية إلى مجموع السكان وهذا على حد قول البعض "أنه يشبه رجلاً بدينياً أراد إنقاص وزنه فقطع زراعته بدلاً من مواجهة السبب الحقيقى لبدانته بالحد من نهمه (2) هذا عن الحجة السكانية، ثم يضيفون حجة أو اعتباراً أخلاقياً مقتضاه أن السماح بدخول أبناء الأم فى الجنسية المصرية من شأنه تشجيع ظاهرة الأبناء غير الشرعيين (3) ولكن يعترض على هذه الحجة بعدة أشياء : منها أن المقتن فى المادة 2 نص على أن يكون مصرياً "من وُلد فى مصر من أم مصرية ولم يثبت نسبته إلى أبيه قانوناً" كما أن كل أولاد الأم المصرية ليسوا مجهولى النسب، ثم ما جرم الطفل الصغير؟

- (1) فى عرض هذه الحجة : د/ فؤاد رياض مشكلة جنسية أبناء الأم المصرية - ص 9 ، د/ حفيظة الحداد - الاتجاهات الحديثة - ص 6 ، د/ أبو العلا النمر - جنسية أولاد الأم - ص 57 وما بعدها .
(2) د/ فؤاد رياض - مشكلة جنسية أبناء الأم المصرية - ص 10 .
(3) فى عرض هذه الحجة د/ فؤاد رياض - مشكلة جنسية أبناء الأم - ص 10 ، د/ عكاشة عبد العال - أحكام الجنسية المصرية - ص 81 وما بعدها ، د/ بدر الدين عبد المنعم شوقي - الوسيط - ص 98 ، أبو العلا النمر - جنسية - ص 59 وما بعدها ، حفيظة الحداد - الاتجاهات المعاصرة - ص 33 وما بعدها .

العدالة، وبما يواكب التطورات الاقتصادية والاجتماعية ومن أهم حجج هذا الاتجاه القول بمراعاة التزامات مصر الدولية.⁽¹⁾ وذلك حيث إن مصر وافقت على الانضمام إلى اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة بموجب قرار رئيس الجمهورية رقم 434 لسنة 1981م⁽²⁾ وقد وافقت مصر على الانضمام إلى الاتفاقية الخاصة بالحقوق السياسية للمرأة التي أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 1953/3/31م بموجب قرار رئيس الجمهورية رقم 345 لسنة 1981م⁽³⁾

وقد أقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة في 12/16/1966م الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية ووافقت عليها مصر وبدون تحفظ بموجب قرار رئيس الجمهورية رقم 536 لسنة 1981م⁽⁴⁾ والتي تنص م 1/2 منها على أن "تتعهد كل دولة طرف في الاتفاقية الحالية باحترام وتأمين الحقوق المقررة في الاتفاقية الحالية لكافة الأفراد ضمن إقليمها والخاضعين لولايتها دون تمييز من أي نوع سواء كان ذلك بسبب العنصر أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الديانة أو الرأي السياسي أو غيره" ولكنى أرى أن إقحام مبدأ مساواة المرأة بالرجل أو تمييز الرجل والمرأة

ص 141، د/ بدر الدين شوقي - الوسيط ص 68، د/ أبو العلا النمر جنسية ص 74 وما بعدها، د/ حفيظة الحداد - الاتجاهات المعاصرة - ص 1 وما بعدها

(1) د/ أبو العلا النمر - جنسية ص 79 وما بعدها .

(2) نشر بالجريدة الرسمية - العدد 51 في 17 / 12 / 1981م .

(3) الجريدة الرسمية - العدد 49 في 3 / 12 / 1981 وبدون تحفظ - وانظر في العرض والاستدلال به د/ أبو العلا النمر - جنسية ... - ص 83 .

(4) الجريدة الرسمية - العدد 15 في 15 / 4 / 1982م ، وانظر في الاستدلال به : د/ أبو العلا النمر ص 83 ، 84

ومن حججهم أن المولود يتبع أباه دائماً وهو الذي يغرس فيه الولاء للوطن⁽¹⁾، وهي حجة واهية حيث إن دور الأم في غرس وتنشئة هذه المعاني في المولود أكبر، ومنها أيضاً تلافي ازواج الجنسية حيث يقولون بأن منح الجنسية المصرية للمولود لأم مصرية دائماً يؤدي إلى ازواج الجنسية⁽²⁾ ومن أهم الحجج هنا القول بأن الشريعة الإسلامية قد ميزت الرجل عن المرأة ومن ثم يختلف تأثير الأولاد بجنسية الرجل عن المرأة⁽³⁾ ولأهمية هذه الحجة وللشبهة التي تثيرها أرجئ مناقشتها عند الحديث في الفرع التالي . ولو صدقوا فيما يدعون، فإنما هو موقف الفقه الإسلامي وليس الشريعة .

الاتجاه الثاني : المعارض لمسلك المقتن في القانون رقم 26 لسنة

1975م

ويمثل هذا الاتجاه الغالبية من الفقه المصري⁽⁴⁾ ويقوم فكر هذا الفقه على ضرورة تعديل الأحكام الخاصة بأبناء الأم المصرية بما يحقق

(1) عز الدين عبد الله - القانون الدولي الخاص - ط 11 - ج 1 - ص 377 ، 378 ، د/ أبو العلا النمر جنسية ص 61 ، حفيظة الحداد - الاتجاهات المعاصرة

ص 3 ، 4

(2) د/ فؤاد رياض - الوسيط ص 187 ، د/ أبو العلا النمر - جنسية ص 71 .

(3) د/ حفيظة الحداد - الاتجاهات المعاصرة ... - ص 35 وما بعدها .

(4) د/ فؤاد رياض - الوسيط ص 169 وما بعدها ، نحو تعديل قانون الجنسية المصرية ص 11 وما بعدها ، مشكلة أبناء الأم المصرية - ص 2 وما بعدها ، د/ هشام صادق - مدى حق الطفل في الجنسية المصرية الأصلية المستمدة من الأم - دراسة نقدية لموقف المشرع المصري ، بحث مقدم لمؤتمر الحقوق القانونية للطفل العربي الذي عقد في الإسكندرية 1988م ، د/ أحمد سلامة - قانون الجنسية ومركز الأجانب - ص 160 ، د/ عكاشة عبد العال - القانون =

فصار صاحبُ الحجة المروضة كالمستجير من الرمضاء بالنار . وقد أرجئت الرد علي هذه الحجة إلى الفرع التالي

ويكفى في تكريس فكرة الجنسية في الإسلام قول الله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ ﴾ سورة الحجرات - آية 13 .

الفرع الرابع

موقف الشريعة الإسلامية .

لما أثير الجدل حول تأثير جنسية الأم في الأولاد في الشريعة الإسلامية بدعوى أن مركز المرأة في الإسلام دون مركز الرجل لما كان ذلك كذلك وجدت أنه لزاماً على أن أفرد لبيان موقف الشريعة من هذه المسألة فرعاً مستقلاً حتى أنفض الغبار عن جواهر الإسلام .

ومما لا ريب فيه أن الولد جزءٌ من أمه قبل أن يولد، فإذا ولد كان أشدّ تعلقاً بها، من هنا فإن الإسلام لم يُقم أي تفرقة من ناحية الجنس في حصول الأبناء على الجنسية فأبناء الأم وأبناء الأب الوطنى في نظر الإسلام سواء، وأؤيد هذا بالآتي :-

أولاً : السياسة التوسعية في مدلول الوطنية في الإسلام .

من الملاحظ في كتب الفقه الإسلامى أن الفقهاء توسعوا كثيراً فيمن ينطبق عليهم حكم الوطنى، وذلك التوسع في مفهوم الجنسية أعطى لدولة الإسلام قوة ونفوذاً كبيراً، وهذا يستفاد من عدة أمثلة من الفقه الإسلامى :

في غير محله ولا معنى له هنا لأن المجال هنا إذا ذُكرت المساواة بين أبناء الأب وأبناء الأم، أو بين أبناء الأم غير الشرعيين وأبناء الأم الشرعيين، فأدخال قضية المساواة بين الرجل والمرأة هنا بعد بالقضية عن حقيقتها ولا معنى له هنا إلا زيادة الفجوة .

ومن حجج هذا الاتجاه القول بعلمانية الجنسية، فالجنسية رابطة غير دينية أى تتحد بدون الرجوع إلى اعتبارات تتعلق بالعقيدة الدينية للفرد.....⁽¹⁾ ولم يكن صاحب هذه الحجة هو أول من تكلم بها فقد صدع بها من قبله بعض علماء الأزهر⁽²⁾ وأنكر معرفة الشريعة الإسلامية لفكرة الجنسية بعض رجال القانون⁽³⁾ وقالوا بأن الجنسية فكرة علمانية لم تعرف إلا منذ قيام الثورة الفرنسية⁽⁴⁾ وهى حجة بادية فالعلوم من أصول الشريعة الإسلامية وفروعها التنظيم المحكم لفكرة الجنسية بمفهوم أشمل وأكبر مما هى عليه فى أحدث القوانين الغربية وإن عدم العلم بالشئ لا يعنى انتفاء وجوده⁽⁵⁾ ويبدو أن صاحب الحجة الماثلة أراد أن يتخلص من ضغط فكرة المساواة أو التمييز بين الرجل والمرأة والتي أثارها بعض الفقهاء بزعم أن الإسلام فضل الرجل على المرأة فى مجال الجنسية

(1) أبو العلا النمر - جنسية - ص 74 .

(2) وهو الشيخ/ على عبد الرازق ، الإسلام وأصول الحكم - ط 2 - مطبعة مصر سنة 1925م - ص 64 .

(3) أحمد قسمت الجداوى - الموجز فى الجنسية ومركز الأجانب - ط 1982م / 1983م - ص 84 .

(4) أشار إليه : د/ صلاح الدين جمال - مبادئ - ص 41 .

(5) حسام الدين فتحي ناصف - جنسية أبناء الأم المصرية المطلقة من أجنبى - ص 947 وما بعدها .

(د) رتب الفقهاء على دخول الأجنبي في جنسية الدار سريان هذا التجنس على زوجته وأولاده القصر، وبالعكس إذا فقد الوطنى جنسيته فلا يؤثر هذا فقد في جنسية الزوجة والأولاد⁽¹⁾ وقد سبق عرض ذلك بالتفصيل .

ثانياً : تبعية الأولاد لأمهاتهم متى كن أفضل ديناً :

بنى الفقهاء جنسية الأبناء على جنسية الأم متى كانت الأم أفضل ديناً من الأب وذلك متحقق في صورتين :-

إحدهما : إذا أسلمت الأم، فإن جمهور الفقهاء من الحنفية⁽²⁾ والشافعية⁽³⁾ والحنابلة⁽⁴⁾ والظاهرية⁽⁵⁾ والشعية⁽⁶⁾ قالوا : إن أسلم أحد الزوجين يجعل تبعية الأولاد الصغار لهذا الذى أسلم، فلو أن الأم هى التى أسلمت تبعها أولادها، ولاشك أن تبعية الأولاد للأم فى أمر الدنيا أقل من تبعيتهم لها فى أمر الدين، فيتبع الأولاد أهمهم متى أسلمت أو كانت مسلمة . ولم يخالف فيما سبق إلا الإمام مالك^{رحمته الله} وفى بعض الروايات عنه أنه قال : الأولاد تبع للأب دائماً وليس للأم فمضى كان الأب مسلماً فهم

(1) انظر على سبيل المثال : مغنى المحتاج - ج 6 - ص 85 ، الإنصاف - ج 4 - ص 244 .

(2) شرح كتاب السير الكبير - ج 5 - ص 105 ، 375 ، البناية فى شرح الهداية - للإمام العيني - ج 4 - ص 780 ، اللباب فى شرح الكتاب - ج 3 - ص 29 ، شرح فتح القدير - ج 3 - ص 287 .

(3) الحاوى الكبير - الماوردى - ج 9 - ص 304 وما بعدها .

(4) ابن القيم - أحكام أهل الذمة - ج 2 - ص 353 وما بعدها .

(5) ابن حزم - المحلى بالآثار - ج 5 - ص 945 .

(6) كتاب النيل وشفاء الطيل وشرحه - ج 6 - ص 305 ، الأحكام الجعفرية فى الأحوال الشخصية - الحلى - ص 45 ، 46 .

(أ) قال الفقهاء : " وإذا أسلم [غير المسالم] فى دار الإسلام أو خرج إليها وله أولاد صغار فى دار [غير المسلمين] صاروا مسلمين ولم يجر سببهم⁽¹⁾ " فهذا توسع من الفقهاء فى مفهوم الوطنى المسلم حيث أنكر إسلام الأب على صغار الأبناء فأدخلهم فى الدين ومن ثم فى جنسية الدار .

(ب) ومن مظاهر ذلك التوسع أيضاً ما قاله بعض الفقهاء، حيث قال محمد بن الحسن : " وإذا دخل [غير المسالم] دار الإسلام بأمان فاشتري أرض خراج فوضع عليه الخراج فيها كان [مواطناً غير مسلم]⁽²⁾ " فهذا توسع واضح فى مفهوم الجنسية فى الفقه الإسلامى فإذا كان التعاقد للوطن مفتوحاً فإن هذا الشراء للأرض وفرض الخراج صورة أبسط من التعاقد على الوطن فى دار الإسلام .

(ج) ومن هذا القبيل أيضاً يقول الإمام كمال الدين عبد الواحد : " وإذا دخل [غير المسالم] إلينا مستأثماً لم يمكن من أن يقيم فى دارنا سنة .. وإلا وضعت عليه الجزية "⁽³⁾ فيصير مواطناً غير مسلم .

(1) هذا هو مذهب الشافعية والحنابلة - المغنى - ج 8 - ص 94 ، 428 ، وكشاف

القناع - ج 3 - ص 58 ، والأم الشافعى رضى الله عنه - ج 4 - ص 245 ،

ومغنى المحتاج - ج 4 - ص 226 وهو مذهب ابن حزم الظاهرى - المحلى بالآثار

- ج 5 - ص 364 .

(2) شرح السير الكبير - ج 5 - ص 356 ، وقد ذكر بعدها أشياء كثيرة فى الصفحات التالية .

(3) شرح فتح القدير - لكمال الدين عبد الواحد - دار إحياء التراث العربى - لبنان - ص 270 .

كذلك، وما لم يكن فلا⁽¹⁾ ومن الواضح وكما يقول البعض⁽²⁾ أنه لا حجة لهم فيما يقولون وإن الراجح ما ذهب إليه الجمهور لأنه يسير مع مقتضى الفطرة التي فطر الله الناس عليها وهي الإسلام.

الصورة الثانية : إذا كان الوالدان من غير المسلمين فإن الفقهاء قالوا : بأن الولد يتبع أفضلهما ديناً، فلو كان الزوج مشركاً والأم كتابية، فإن الولد يتبع أمه الكتابية ديانة وحكماً، ولو كانت الأم وطنية والأب غير وطني فإن الولد يتبع الأم لأنها أفضل حالاً من الأب فيقول أحد الفقهاء : " ولو كان أحدهما كتابياً والآخر مجوسياً فالولد كتابي لأن فيه نوع نظر له " (3)

وقد قال صاحب السير الكبير : " لو أسرت أمة من دار الإسلام وكانت مسلمة أو وطنية غير مسلمة ووطئها الأسر لها وأنجبت أولاداً، ثم ظهر المسلمون على هذه الدار وفك أسرها فهي حرة وأولادها مثلها " (4)

ثالثاً:- جعل الإسلام أولوية للأم في حضانة الصغار من الأولاد
فما اتفق عليه فقهاء الإسلام أن الحضانة للأم ما لم تتزوج وإذا تزوجت

- (1) المدونة الكبرى - رواية سخنون - ط 1 - ج 3 - ص 307 ، 308 .
(2) ابن حزم - المحلى - ج 5 - ص 945 .
البنابة في شرح الهداية - للمعنى - ج 4 - ص 780 ، واللباب في شرح الكتاب - ج 3 - ص 29 .
(3) محمد بن الحسن - السير الكبير - ج 5 - ص 104 ، 105 .
(4) الإمام عبد الوهاب بن أحمد بن علي الشافعي المعروف بالشعراني - الميزان الكبرى الشعرانية - ضبطه وصححه الشيخ/ عبد الوارث محمد علي - منشورات محمد علي بيضون - دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان - ج 1 - ص 196 ، وانظر الأم - للإمام الشافعي - ج 5 - ص 82 .

ودخل بها الزوج سقطت حضانتها⁽¹⁾ كما أن القضاء المصري استقر على عدم سقوط الحضانة عن الأم في فترة حضانتها حتى ولو تنازلت عن هذه الحضانة، وإن هذا التنازل يقع باطلاً⁽²⁾.

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأن " الأصل في تشريع الحضانة هو مصلحة الصغير، وهي تتحقق بأن تضمه الحاضنة على نفع ورعاية المحضون وهي مقدمة على أية مصلحة لغيره، ولولي الأمر بالتالي أن يقدر ما يراه خيراً للصغير " وقد اهتم المقتن المصري بأمر الحضانة فنظّم أحكامها بالمادة 20 من قانون الأحوال الشخصية رقم 29 لسنة 1929م، وبالمادة 7 من قانون الطفل رقم 12 لسنة 1996م⁽³⁾، فلما

(1) انظر في هذا حكم محكمة استئناف الإسكندرية الدائرة 17 أجنبية بجلسة يوم 23 محرم 1398هـ / 1978/1/3م في الدعوى رقم 54 سنة 1976م، وقد تنازلت الزوجة المصرية لزوجها الليبي عن حقها في الحضانة أمام محكمة نبي غازي بليبيا في القضية رقم 873 سنة 1974م، وقد قضت محكمة استئناف القاهرة برفض طلب الزوج أخذ المحضون وذلك لوقوع هذا التنازل والإسقاط باطلاً لأنها ليس لها أن تصالح على إسقاط حقها في حضانة لما في ذلك من تقويت حق الصغير "د/ هشام خالد - أحكام الزواج للمصريين من الأجانب - دار الفكر الجامعي - 2000م ص 403 وما بعدها .

(2) القضية رقم 7 لسنة 8 قضائية - دستورية بحكمها الصادر في 15 مايو 1993م - أحكام المحكمة الدستورية - ج 5 - مجلد 2 - ص 260 ، 290 - المبادئ 10 ، 11 ، 12 ، 13 - مشار إليه لدى د/ صلاح الدين جمال - مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب - دارسة مقارنة - دار الفكر الجامعي - الإسكندرية - 2004م ص 41، 42 .

(3) انظر د/ صلاح الدين جمال - مشكلات الحضانة - ص 4، وقد قررت المادة 20 أن حضانة الصغير تثبت للنساء من وقت ولادته حتى يستغنى عن خدماتهن أي بلوغه سن سبع سنوات ويجوز زيادتها إلى تسع سنوات إذا ثبت أن مصلحته تقتضي ذلك =

كانت الحضانة هامة وكان الشرع الحنيف قد عهد بها إلى الأم فهو تثبيث وتقوية لمركز الأم، ومن ثم قد جعل القانون المصري سن حضانة الصغير حتى بلوغه عشر سنوات، والصغيرة اثنتي عشرة سنة ويجوز مدها في حق الصبي إلى الخامسة عشرة، وفي حق الفتاة إلى أن تتزوج فهذا أثر شديد وقوي لتأثر الابن والبنت بجنسية الأم في الشرع الحنيف والقانون المصري .

رابعا :- جعل الإسلام للأم مركزاً مرموقاً عند أولادها .

فَالْأَمُّ الَّتِي حَمَلَتْ وَهَنًا وَوَضَعَتْ وَهَنًا جَدِيدَةً أَنْ تَنْزِلَ مَنْزِلَةَ عَظِيمَةٍ
عِنْدَ أَوْلَادِهَا حَتَّى جَاءَ رَجُلٌ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ مَنْ أَحَقُّ
النَّاسِ بِحَسَنِ صَحَابَتِي؟ قَالَ: "أُمُّكَ" قَالَ: ثُمَّ مَنْ؟ قَالَ: "أُمُّكَ" قَالَ: ثُمَّ
مَنْ؟ قَالَ: "أُمُّكَ" قَالَ: ثُمَّ مَنْ؟ قَالَ: "أَبُوكَ" (١) فَهَذَا تَأْكِيدٌ وَتَرْكِيزٌ
وَتَقْوِيَةٌ لِمُرْكَزِ الْأُمِّ عِنْدَ أَبْنَائِهَا، وَأَصْبَحَ مِنْ ثُمَّ عَقُوقَ الْأُمِّ كَعَبِيرَةٍ مِنْ
الْكِبَائِرِ حَتَّى قَالَ النَّبِيُّ ﷺ: "إِنَّ اللَّهَ حَرَّمَ عَلَيْكُمْ عَقُوقَ الْأُمِّهَاتِ" (٢)

وقد تمّ التعديل بمقتضى القانون رقم 100 لسنة 1985م حيث أصبح حضانة النساء تنتهى ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة اثنتى عشرة سنة ، ويجوز للقاضى بعد هذه السن إبقاء الصغيرة حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج فى يد الحاضنة .. إذا تبين أن مصلحتها تقتضى ذلك " وببنت الحق فى الحضانة لأم ثم للمحارم من النساء مقدماً فيه من بلى بالأم على من بلى بالأب .. الأم فأم الأم وإن علت ... انظر بالنفصيل : د/ محمد السنارى - قوانين الأحوال الشخصية - إصدار مركز البحوث بمجمع السنارى - ص25 ، 26 ، 27 .

(1) الحديث رواه أبو هريرة رضي الله عنه صحيح البخاري - كتاب الأدب - باب من أحق الناس بحسن الصحبة - ص 1235 ، ومسلم - كتاب البر والصلة والآداب - باب بر الوالدين وإنهما أحق به - ص 1271 واللفظ للبخاري .

(2) رواه المثيرة - صحيح البخارى - كتاب الأدب - باب عقوق الوالدین من الكبائر - ص 1236 .

وان صلة الأم لواجبة حتى ولو كانت أجنبية عن الدار وكانت من غير المسلمين، تقول أسماء قدمت على أمي وهي مشركة في عهد قريرش ومدتهم إذ عاهدوا النبي ﷺ مع أبيها فاستفتيت النبي ﷺ فقلت : إن أمي قدمت وهي راغبة قال : " نعم صلى أمك " ⁽¹⁾ وبسبب عدم إجابة الأم أصاب جريح الراهب ما أصابه من الفتنة التي حدث بها رسول الله ﷺ ⁽²⁾

وأفضل الأم وقدرها أعظم من أن تضمه صفحات رسالة، فإذا كان هذا قدرها وتلك منزلتها فإنه يؤكد أن الأم أقدر على نقل الجنسية للأبناء أكثر من الآباء إن لم يكن مثلمهم، ولا مساس في كل هذا بقضية مساواة أو عدم مساواة الرجل والمرأة⁽³⁾

المطلب الثاني

الوضع بعد صدور القانون 154 لسنة 2004م.

أخيرا انحنى القننُ المصري للضغوط، وذلك

أسماء ولها زوج - ص 1236 .

التلوع بالصلاة وغيرها 1272 : 1273 .

(١) (المرن مع هذا ما تقول به / د / حفيظة الحداد - الاتجاهات المعاصرة - ص 36 وما بعدها .

(١) برغم البعض أن القانون 26 لسنة 1975م كان متأثراً بالشرعية الإسلامية في تمييزه بين أبناء الأب وأبناء الأم . د/ حسام الدين فتحي ناصف - جنسية أبناء الأم المصرية المطلقة من أجنبي ص 947 وما بعدها وقد برنت ساحة الشرعية العامة من هذه الدعاوى ، والحق أن المقتن المصري يومها كان متأثراً بالقوانين العربية كالقانون الفرنسي الصادر في 19 أكتوبر سنة 1945م الذي كان ينص في =

الفقه ولآخرين⁽¹⁾ فسوى بين أبناء الأم المصرية وأبناء الأب، ويتضح هذا في الفصل بين الجنسية الأصلية والجنسية الطارئة على النحو الآتي :-

الفرع الأول

في مجال الجنسية الأصلية

نص المقتن في المادة الثانية من القانون 154 لسنة 2004م على أن :

" يكون مصرياً :-

من وُلدَ لأب مصري أو لأم مصرية . ولقد جاء القانون الجديد بعدة

أمور في مجال الجنسية الأصلية تتمثل فيما يأتي :-

أولاً : سوت بين أولاد الأب وأولاد الأم

وذلك بنص المادة الثانية الماثلة ولكن يشترط لإعمال هذا الحكم

توافر عدة شروط :-

1- الميلاد لأم مصرية : بمعنى أن يولد هذا الابن وأمه مصرية لحظة ميلاده سواء كانت جنسيتها أصلية أم طارئة، وبصرف النظر عن جنسية الوالد، كما أنه لا عبرة بمكان ميلاده فيستوى وقوعه في إقليم مصر أو خارج هذا الإقليم .

2- أن تكون البنوة شرعية : وهذا يستدعي وجود زواج صحيح وثبوت على الوجه القانوني البينة أو القرائش أو الإقرار . وعلى ذلك

=المادة 17 أولاً : " يكون فرنسيا الولد الشرعى المولود من أب فرنسى " وفي مادته 18 أولاً : يكون فرنسياً الولد الشرعى المولود من أم فرنسية ومن أب لا جنسية له أو كانت جنسيته غير معلومة ، وقد عصب المقتن في الدول العربية عينيه وأتبع أثر القانون المصرى قصصاً - مرجع القضاء - ص356 .

(1)الجمعيات النسائية .

لا يعتد بالنسب غير الشرعى، وهذا بالنسبة للأب فقط، أما الأم فإن الابن يثبت نسبه إليها في كل الأحوال سواء أكان في زواج صحيح أو غير صحيح، أو بدون زواج أصلاً، وبالتالي يحصل ابن الأم على الجنسية في جميع هذه الأحوال . ومتى توافر الشرطان الماثلان، اعتبر ابن الأم المصرية مصرياً ويقوة القانون⁽¹⁾

ثانياً : الحق في التخلي عن الجنسية :

نصت المادة الثانية في الفقرة الثانية على أن : " يكون لمن تثبت له جنسية أجنبية إلى جانب الجنسية المصرية إعمالاً لأحكام الفقرة الأولى، أن يعلن وزير الداخلية رغبته في التخلي عن الجنسية المصرية، ويكون إعلان هذه الرغبة بالنسبة للقاصر من نائبه القانوني أو من الأم أو من يتولى التربية في حالة عدم وجود أيهما " ويشترط لإعمال حكم التخلي كما جاء بالمادة الثانية هذه عدة شروط فمن جهة يشترط ثبوت الجنسية المصرية على وجه صحيح وذلك بالميلاد لأم مصرية، وثبوت نسبه منها، ومن جهة أخرى أن يكون قد ثبت له جنسية أجنبية إلى جانب الجنسية المصرية، بأن يكون أبوه أجنبياً وقد دخل في جنسية الوالد، ومن جهة ثالثة أن يعلن هذا الولد رغبته في التخلي عن الجنسية المصرية إلى وزير الداخلية إذا كان راشداً، أما إن كان قاصراً فيكون إعلان هذه الرغبة من جانب نائبه القانوني أو من الأم أو من يتولى تربيته في حالة عدم وجود أيهما، فإذا

(1)النظر في هذا بالتفصيل المناسب : د/ محمود مصيلحي ، د/ صلاح الدين جمال - مبادئ - ص89 وما بعدها ، د/ هشام صادق ، د/ عكاشة عبد العال ، د/ حفيظة الحداد - القانون الدولي - ص113 وما بعدها ، د/ جمال الكردى - أولاد الأم المصرية بلا هوية رغم تعديل قانون الجنسية - دار النهضة العربية ص16 وما بعدها .

إليها فإذا تجاوزها فلا يحق له طلب الاسترداد إعمالاً للمادة الماثلة، وكأن الرخصة التي وضعها المقتن هنا لاسترداد الجنسية كانت لمصلحة القاصر (1).

الفرع الثاني

في مجال الجنسية الطارئة

نص المقتن في المادة الثالثة من القانون رقم 154 لسنة 2004 (2) والتي حلت محل المادة الثالثة من القانون رقم 26 لسنة 1975م على جنسية أولاد الأم المصرية الطارئة التي تلحق بهم في وقت لاحق يلي الميلاد، وذلك بنصها على أن " يكون لمن ولد لأم مصرية وأب غير مصري قبل تاريخ العمل بهذا القانون أن يعلن وزير الداخلية برغبته في التمتع بالجنسية المصرية ويعتبر مصرياً بصدور قرار مسبب منه بالرفض ويتربط على التمتع

(1) لمزيد من التفصيل انظر : د/ هشام صادق ، د/ عكاشة عبد العال ، د/ حفيظة الحداد - القانون ص 132 وما بعدها ، د/ جمال الكردي - أولاد الأم ص 30 وما بعدها ، د/ محمود مصيلحي ، د/ صلاح الدين جمال - مبادئ - ص 200 وما بعدها .

(2) ويسميتها البعض بـ : حكم انتقالى خاص بالمولود لأم مصرية قبل الممثل بالقانون رقم 154 لسنة 2004م ، د/ هشام صادق ، د/ عكاشة عبد العال ، د/ حفيظة الحداد - القانون ص 134 ، بينما يسميها البعض بـ : " التجنس القائم على الصفة الوطنية للأم ، د/ محمد الروي ، د/ جابر سالم عبد الغفار ، د/ خالد عبد الفلاح محمد - أحكام الجنسية ومركز الأجانب وفقاً لأحكام القانون رقم 154 لسنة 2004م المعدل للقانون رقم 26 لسنة 1975م بشأن الجنسية المصرية - دار النهضة العربية - ص 202 ، ويسميتها البعض بـ الآثار بالنسبة للجنسية المكتسبة بالتجنس للانساب لأم مصرية ، د/ جمال الكردي - جنسية أولاد الأم المصرية ص 33 .

اكتملت هذه الشروط كان لوزير الداخلية بسلطته التقديرية أن يقرر قبول التخلي عن الجنسية من هذا الابن وله الرفض، والأمر تقديري لكليهما : للابن الذي يحق له التقدم بطلب التخلي أو عدمه، وللوزير الذي يحق له تبعاً لسلطته التقديرية أن يقبل هذا التخلي أو يرفضه . ويضهم ذلك من النص في الفقرة الأخيرة من المادة الثانية بالقول : " ويكون البت في زوال الجنسية المصرية بالتخلي أو ردها إعمالاً لهذه الأحكام بقرار من وزير الداخلية " (1)

ثالثاً : الحق في استرداد الجنسية بعد التخلي عنها :

وقد جاء النص على الحق في استرداد الجنسية بعد التخلي عنها في الفقرة الرابعة من المادة الثانية من قانون 154 لسنة 2004م بالقول بأن " للقاصر الذي زالت عنه الجنسية المصرية تطبيقاً لحكم الفقرة السابقة أن يعلن رغبته في استردادها خلال السنة التالية لبلوغه سن الرشد " ويشترط أن يكتسب الابن الجنسية المصرية بالميلاد لأم مصرية، وأن يكون قد تخلى عنها إعمالاً للحكم السالف، وأن يعلن الابن رغبته في استرداد الجنسية المصرية في خلال السنة التالية لبلوغه سن الرشد، وأن يصدر قرار من وزير الداخلية ببرد الجنسية إليه، وللوزير سلطة تقديرية في رد الجنسية أو عدم ردها إلى هذا الابن ، ولكن ما الحل لو كان هذا الابن قد تخلى عن الجنسية إعمالاً لحكم المادة الماثلة بعد بلوغه سن الرشد ؟ في الواقع أن الابن يحق له طلب الاسترداد مادام لم تمض مدة السنة المشار

(1) انظر في عرض هذه الحالة : د/ هشام صادق ، د/ عكاشة عبد العال ، د/ حفيظة الحداد - القانون ص 128 وما بعدها ، د/ محمود مصيلحي ، د/ صلاح الدين جمال - مبادئ ص 200 ، د/ جمال الكردي - أولاد الأم المصرية ص 27 ، 28 .

بالجنسية المصرية تطبيقاً لحكم الفقرة السابقة تمتع الأولاد القصر بهذه الجنسية، أما البالغون فيكون تمتعهم بهذه الجنسية بإتباع ذات الإجراءات السابقة، فإذا تُوفّي مَنْ وُلِدَ لأم مصرية وأب غير مصري قبل تاريخ العمل بهذا القانون يكون لأولاده حق التمتع بالجنسية وفقاً لأحكام الفقرتين السابقتين، وفي جميع الأحوال يكون إعلان الرغبة في التمتع بالجنسية المصرية بالنسبة للقاصر من نائبه القانوني أو من الأم أو متولى التربية في حالة عدم وجودهما وتحتوى هذه المادة على عدة أحكام للجنسية الطارئة لأولاد الأم المصرية. ⁽¹⁾

فمن جهة يكون لأولاد الأم المصرية الذين وُلِدُوا قبل 15 يوليو 2004م أى قبل تاريخ العمل بالقانون المائل، أن يعلنوا وزير الداخلية برغبتهم في الدخول في الجنسية المصرية، ويُعدُّوا مصريين بصدور قرار بذلك من وزير الداخلية أو بانقضاء سنة من تاريخ الإعلان دون صدور قرار مسبب بالرفض.

ومن جهة أخرى يكون لأحفاد الأم المصرية من أولادها الذين وُلِدُوا قبل العمل بالقانون الحالي والذين اكتسبوا الجنسية المصرية بالحكم السابق، يكون لهم التمتع بالجنسية المصرية بالتبعية متى كانوا قسراً، أما البالغون منهم فيتمون ذات الإجراءات التي وجبت في حق الوالد كما

(1) يلاحظ أن المساواة بين أبناء الأم وأبناء الأب المصري في الجنسية الأصلية أتم منها في الجنسية الطارئة، حيث لم يرد ما يسوّي بين أبناء المتجنسة وبين أبناء المتجنس بالجنسية المصرية كما فعل ذلك أكثر القوانين الحديثة كالقانون الفرنسي في مادته 84 من القانون 1973م والتي تقضى بأن يصبح الطفل القاصر فرنسياً بقوة القانون متى اكتسب أحد والديه الجنسية الفرنسية، د/ عبد الحكيم عبد الرحمن - جنسية المرأة المتزوجة - ص 121

في الحالة السابقة وهذا يعنى أنه من الممكن أن يحصل الحفيد البالغ الذي وُلِدَ أبوه قبل العمل بهذا القانون على الجنسية المصرية بهذه الإجراءات حتى ولو لم يحصل عليها والده ابن الأم المصرية.

ومن جهة ثالثة أنه متى تُوفّي ابنُ الأم المصرية قبل العمل بهذا القانون وكان له أولاد فإنه يحق لأولاده البالغين والقصر التمتع بالجنسية المصرية بالإجراءات المنصوص عليها آنفاً.

ومن جهة رابعة : يكون إعلان الرغبة في التمتع بالجنسية المصرية بالنسبة للقاصر من نائبه القانوني أو من الأم أو متولى التربية في حالة عدم وجودها. ⁽¹⁾

المطلب الثالث

جنسية أبناء الأم الذين أنجبته من أجنبي

في ظل نكاح مخالف لأحكام القانون المصري

عالج القانون رقم 154 لسنة 2004م ما اعتري القانون 26 لسنة 1975م من قصور في حق أولاد الأم المصرية فقد سوى بينهم وبين أولاد الأب المصري لكن ما الحل لو أن مصرية تزوجت من أجنبي بالمخالفة لأحكام القانون المصري في الزواج كأن تزوجت وهي مسلمة من غير مسلم، أو تزوجت وهي غير مسلمة بالمخالفة للشرائع المالية أو أحكام القانون المصري، ثم أنجبت من هذا الزوج أولاداً ؟ وبعبارة أخرى الخوض في صحة أو بطلان هذا الزواج، هل يكتسب هؤلاء الأبناء الجنسية المصرية عملاً بأحكام القانون 154 لسنة 2004م ؟

(1) لمزيد من التفصيل في شرح المادة الثالثة انظر : المراجع المشار إليها في الهامش (1)

أحد أطرافه الزوج أو الزوجة مصرياً ... " (1) ثم يعود للتأكيد على ذلك فيقول : "والخلاصة أن حاصل الشرط الثانى هو أن يتعلق الأمر ببنوة شرعية أى قيام رابطة الزوجية الصحيحة ... " (2)

لكن فى الواقع أن اشتراط أن يكون هناك نكاح صحيح حتى يتسنى منح الجنسية لأبناء الأم المصرية ليس له مبرر من القانون ولا من الفقه وهو اشتراط زائد عن إرادة المقتن ولذلك لا يشترط صحة أو عدم صحة النكاح عند الحديث عن تمتع أبناء الأم المصرية بالجنسية وذلك للآتى :-

أولاً : لا يوجد سند من القانون يفيد اشتراط صحة الزواج ففى قانون لسنة 1975م كانت المادة الثانية تنص على أن : " يكون مصرياً . 2- من ولد فى مصر من أم مصرية ومن أب .. 3- من ولد فى مصر من أم مصرية ولم يثبت نسبته إلى أبيه قانوناً .. "

فالفقرة الثانية وردت مطلقة هكذا " من أم مصرية " ولو أراد المقتن هذا الشرط لقال مثلاً " من زوجة مصرية " ثم أكد على هذا فى الفقرة الثالثة التى حرصت على تأكيد حق المولود لأم مصرية فى الجنسية المصرية متى لم يثبت نسبه من والده الأجنبى، فإن المقتن قد أعطى المولود لأم مصرية الذى لم يثبت نسبته من والده الأجنبى الجنسية المصرية فيكون المولود لأم مصرية من نكاح غير صحيح أولى بهذه الجنسية منه، ويمثله جاء نص المادة الثالثة من القانون المذكور حتى فى ظل تلك المادة وفى حق

(1) د/ هشام صادق ، د/ عاكشة عبد العال ، د/ حفيظة الحداد - قانون - ص 122 .

(2) ذات المرجع السابق - ص 123

وللإجابة على هذا التساؤل أحب أن أوضح بعض الأمور :-

1- لقد أخضع المقتن المصرى شروط انقضاء الزواج لقانون كل من الزوجين ومن الشروط الموضوعية هذه موانع الزواج التى منها اختلاف الدين بين الزوجين فمن المجمع عليه عدم صحة زواج المسلمة بغير المسلم مطلقاً، وحتى مع الأخذ بالتطبيق الموزع لهذه الموانع فلا يصح مثل هذا الزواج مطلقاً .

2- إن فكرة النظام العام سوف يكون لها دور كبير فى استبعاد القانون الأجنبى الذى يجيز زواج المسلمة بغير المسلم وذلك لتعارضه مع أحكام الشريعة الإسلامية التى تمنع عقد مثل هذا الزواج، وهى التى تشكل ثقباً ومركزاً كبيراً فى مفهوم النظام العام فى بلد دينه الإسلام، وقواعد الدين تشكل المصدر الرئيسى للتشريع فيه فإذا سلم هذا العيب من المادة 14 فلا يسلم من مخالفة النظام العام . (1)

3- ثم جاءت المادة 14 باستثناء عام لصالح القانون المصرى، وذلك فى كل حالة يكون أحد الزوجين مصرياً وقت انقضاء الزواج فإن القانون المصرى يسرى وحده على الزواج ومن ثم عدم صحة الزواج المعنى لكون الزوجة مصرية مسلمة أو غير مسلمة .

هذه الأحوال الثلاثة قد دعت بعض الفقهاء للقول بأنه : " يجب أن نكون بصدد بنوة شرعية أى بنوة أساسها الزواج الصحيح الذى يكون

(1) د/ فؤاد رياض ، د/ سامية راشد - أصول تنازع القوانين - 2005م - ص 203 .

الأب لم يكن يشترط من الفقه إلا بثبوت نسب الابن إليه قانوناً⁽¹⁾ والنسب يثبت مع النكاح الصحيح بالفراش، أو في زواج فاسد، وكذلك يثبت النسب بالإقرار والبيعة بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين⁽²⁾ ثانياً :- أن النص بعد التعديل الجديد أصبح " يكون مصرياً : 1- من ولد لأب أو أم مصرية " ومن ثم فإن الفقه قال في ظل النص الجديد : " فإن النص الجديد اعترف بحق الدم من ناحية الأم كسبب كاف بذاته لتمتع المولود بالجنسية المصرية الأصلية ويستوى في ذلك أن يكون الأب مصرياً أو أجنبياً معلوم أو مجهول الجنسية أو كان الطفل مجهول الأبوة " ⁽³⁾ ويوضحه آخر بقوله : " سواء ولد في مصر أم في الخارج وبصرف النظر عن حالة الأب هل هو مجهول أو معلوم يحمل جنسية دولة أو أكثر أو حتى بلا جنسية " ⁽⁴⁾ بينما يشترط البعض " أن يكون الأب غير مصري " وهو محل تحفظ⁽⁵⁾ لكنه لم يشترط صحة الزواج .

(1) د/ فؤاد رياض - الوسيط - ص 169 ، بدر الدين شوقي - الوسيط ... - ص 62 ، د/ عكاشة عبد المال - القانون - ص 120 ، 121 ، د/ سراج حسين أبو زيد - محاضرات - ص 98 .

(2) وقد سبق الإشارة لذلك .

(3) د/ محمود مصيلحي ، د/ صلاح الدين جمال - مبادئ - ص 94 .

(4) د/ جمال الكردي - أبناء الأم المصرية بلا هوية - ص 11 ، ص 39 .

(5) وذلك لأن فيه تقييد لمعوم النص بلا سند فمن المتصور أن يكون الأب مصرياً لم يثبت نسب الولد إليه ، أو يكون الأب وطنياً ، أو يكون الأب عديم الجنسية ، أو غير معلوم الجنسية أو أجنبياً وهذا يعني أن الشرط لا ينطبق إلا على صورة واحدة وهي صورة الأب الأجنبي - انظر في إيراد هذا الشرط : د/ محمد الروبي ، د/ جابر سالم عبد الغفار ، د/ خالد عبد الفتاح محمد - أحكام الجنسية ومركز الأجانب - دار النهضة العربية - ص 206 ، 207 .

ثالثاً :- أن البتة وثبوت النسب أثر من آثار الزواج، وكذا الجنسية التي يحصل عليها الأولاد إنما هي من آثار الزواج والمادة 13 تقضى بأن " يسرى قانون الدولة التي ينتمى إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج بما في ذلك من أثر بالنسبة إلى المال " فالجنسية التي تترتب على الزواج إنما هي من آثاره .

ولما كانت البتة جزءاً من الحالة التي تخضع لقانون جنسية الشخص⁽¹⁾ وذلك طبقاً للمادة 11 من القانون المدني والتي تقضى بأن : " الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم يسرى عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم " ثم إن المادة 14 والتي وضعت أحد الزوجين مصرياً وقت انعقاد الزواج، عادت المادة ذاتها لتخرج فيما عدا شرط الأهلية للزواج " رابعاً :- على فرض صحة ما انتهى إليه بعض الفقهاء من أن النسب

يثبت وفقاً للقواعد الداخلية في القانون المصري .⁽²⁾ أي طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية والشرائع المالية فيما لا يخالف النظام العام، فإنه بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية والراجح في المذهب الحنفى . نجد أن النسب يثبت في النكاح الصحيح وغير الصحيح فمن ذلك قول بعضهم : " لأن النسب كما يثبت بالنكاح الصحيح يثبت بالنكاح الفاسد وبالوطء عن شبهة ... " ⁽³⁾ ويؤكد آخر على ثبوت النسب بالنكاح غير الصحيح الذي تم الدخول فيه فيقول : " وأما النكاح الفاسد فلا حكم له قبل

(1) د/ فؤاد رياض ، د/ سامية راشد - أصول تنازع القوانين - ص 240 .

(2) د/ فؤاد رياض - الوسيط - ص 169 ، د/ هشام صادق - الجنسية - ص 374 ، د/ هشام صادق ، د/ عكاشة عبد المال ، د/ حفيظة الحداد - القانون

..... - ص 82 وما بعدها .

(3) الإمام العيني - البناية في شرح الهداية - دار الفكر - ج 5 - ص 469 .

الدخول وأما بعد الدخول فيتعلق به أحكام منها ثبوت النسب .. " (1) ويأتى به آخر فى صورة دعوى إلى القضاء فيقول : " وإذا فرق القاضى بين الزوجين فى النكاح أفاسد .. وإن دخل بها فلها ... ويثبت نسب ولدها " (2) ويرد البعض قائلاً : " وباطله " الزواج " ما لم يصح إجماعاً و ... ويلزم فيه بالوطء ... ويلحق النسب بالجاهل .. " (3)

ثم يذكر فقهاء الحنفية أن الأنكحة الفاسدة والباطلة فى حق غير المسلمين يثبت النسب بها جميعاً ثم يرثون بهذا النسب ... " (4) وهو ثابت عند المفاصرين من الفقهاء (5) وهو ما أقرته محكمة النقض المصرية بقولها : " إن النسب يثبت بالفراش الصحيح وملك اليمين وما يلحق به وهو المخالطة بناءً على عقد فاسد أو شبهة كما أن المقرر فى الفقه الحنفى أن

(1) الإمام الكاسانى - بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع - دار الكتاب العربى - لبنان - 1402 هـ / 1982 م - ط 2 - ج 1 - ص 335 .

(2) الشيخ / عبد الغنى الفنى - اللباب فى شرح الكتاب " متن القدرى " المكتبة العلمية - بيروت - لبنان - ج 3 - ص 23 .

(3) الإمام محمد بن على الشوكانى - السبل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار - تحقيق / قاسم غالب وآخرين - المجلس الأعلى للثقون الإسلامية - القاهرة 1403 هـ / 1982 م - ط 2 - ج 2 - ص 297 .

(4) الإمام / محمد بن حسين الطودى القادري الحنفى - تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق - طبع على نفقة قارى محمد إسماعيل - مكتبة الماجدين - ج 8 - ص 500 وما بعدها .

(5) / عبد الكريم زيدان - المفصل فى أحكام المرأة والبيت المسلم - مؤسسة الرسالة 1420 هـ / 2000 م - ط 3 - ج 7 - ص 327 ، ج 9 - ص 333 وما بعدها ، د / عبد الرحمن الصايونى - نظام الأسرة وحل مشكلاتها فى ضوء الإسلام - دار الفكر - دمشق - ص 176 وما بعدها .

الزواج الذى لا يحضره شهود زوج فاسد يترتب عليه آثار العقد الصحيح بشأن ثبوت النسب بالدخول الحقيقى ... " (1)

النتائج المترتبة على الفصل الماثل

يترتب على العرض السابق جملة من النتائج أهمها :-

أولاً: أن الفقه الإسلامى قد سوى بين الرجل والمرأة فى شأن نقل الجنسية إلى الأولاد على سواء .

ثانياً: أن المقتن المصرى كان يفرق بين الأب والأم فى إمكانية نقل الجنسية إلى الأولاد . ولم يتخلص المقتن المصرى من هذه التفرقة إلا بصدر القانون رقم 154 لسنة 2004 م .

ثالثاً: أن الفقه المصرى انقسم فى ظل التشريع القديم بين مؤيد ومعارض لمنهج المقتن المصرى فى عدم التسوية بين الأب والأم فى نقل الجنسية للأولاد وأن حجج المؤيدين لمسلك المقتن المصرى كانت واهية .

رابعاً: أن تشريع الجنسية المصرى لا يزال يحتاج إلى تنقيح وتعديل حتى يتوافق مع الفقه الإسلامى الذى إذا أعمل أحكامه وتنظيمه لوصل إلى ما لم تصل إليه أفضل قوانين الجنسية والمدنية الحديثة .

(1) الحكم فى الطعن رقم 220 لسنة 62 ق - أحوال شخصية بتاريخ 2 محرم 1417 هـ الموافق 20 مايو 1996 م انظر : المستشار / حسن حسن منصور - المحيط فى شرح مسائل الأحوال الشخصية 1997 م - دار الجامعة الجديدة ص 352 وما بعدها

الباب الثاني

أثر الزواج على الطيراث والتفقة



خامساً: أن أبناء الأم المصرية التي تزوجت من أجنبي بالمخالفة لأحكام القانون المصري أو الشريعة الإسلامية يستحق أولادها من هذا الزواج الحصول على الجنسية المصرية مثل أولاد الأم التي تتزوج زواجا صحيحاً.

سادساً: أن الفقه الإسلامي يرى من التفرقة العنصرية والجنسية التي هي من صنع المذنبات الحديثة.

يعد الميراث الذى سببه الزواج، وكذا نفقة الزوجية من أهم آثار الزواج وخاصة فى زواج متعددى الجنسية، حيث تعج المحاكم بالدعاوى التى يرمى أصحابها من ورائها إلى تحصيل نفقة، أو الاستحواذ على نصيب من ميراث عن أثر علاقة زوجية، من هنا آثرت أن أجعلها محور بحثى فى الباب المائل، وأقسمه إلى فصلين :-

الفصل الأول :- الميراث بالزوجية .

الفصل الثانى : نفقة الزوجية .

وقد قدمت الميراث بالزوجية على نفقة الزوجية لعدة أسباب :-

فمن جهة يعد الميراث بالزوجية أهم آثار الزواج المترتبة على الوفاة كما أن نفقة الزوجية لا تظهر إلا فى حالات الشقاق ولا تظهر فى حالات الوفاق فكان وفاة أحد الزوجين تبقى معه المودة والرحمة ولكن الشقاق الذى يعقبه مطالبة بالنفقة يقطع أو اصر المودة والرحمة بين الزوجين كما أن الميراث بين الزوجين محل جحود إنسانى وهو واقع أكثر من نفقة الزوجية، لذا رأيت جديراً بأن يقدم على نفقة الزوجية فى هذه الدراسة . ويرغم أن نفقة الزوجية متقدمة على ميراث الزوجية فى دنيا الواقع .

الميراث بالزوجة الفصل الأول

ويشتمل على مبحثين :-

المبحث الأول : مقدار ميراث الزوجين وشروطه .

المبحث الثاني : القانون الواجب تطبيقه على ميراث الزوجين .

تواترت الشرائع الإنسانية السماوية منها والوضعية على اعتبار الزواج سبباً من أهم أسباب استحقاق الميراث بين الزوجين، ولكن ما مقدار الميراث بين الزوجين؟ وما شروط التوارث بالزواج؟ وما القانون الواجب تطبيقه على ميراث الزوجين؟ وما موقف القوانين من توريث أحد الزوجين من الآخر عند اختلافهما ديانة أو جنسية؟

وأجيب على هذه التساؤلات في الفصل المائل على أن أقسمه إلى مبحثين :-

المبحث الأول :- مقدار ميراث الزوجين وشروطه .

المبحث الثاني :- القانون الواجب تطبيقه على ميراث الزوجين، وتوريث الزوجين عند اختلاف الديانة أو الجنسية .

المبحث الأول

مقدار ميراث الزوجين وشروطه .

برغم اتفاق أغلب الشرائع على الاعتداد بالزواج كسبب للميراث بين الزوجين إلا أنها اختلفت في المقدار المستحق لأحد الزوجين عند وفاة الآخر وكذا في شروط هذا الميراث، لذا أقسم هذا المبحث إلى مطلبين :-
أخصص أولهما لبيان المقدار المستحق في ميراث الزوجية، وأخصص الثاني لشروط التوارث بالزواج .

المطلب الأول

مقدار نصيب كل من الزوجين في تركة الآخر عند وفاته

قد يصل ميراث أحد الزوجين من الآخر إلى جميع التركة، وربما كان نصفها أو أقل من ذلك، وهذا على النحو الذي توضحه الفروع التالية:

الفرع الأول

استغراق جميع التركة ميراثاً للزوج الباقي على قيد الحياة .

قد يصل ميراث أحد الزوجين من الآخر إلى جميع تركة المتوفى منهما وهذا الاستغراق لا يخرج عن الفصول الأربعة التالية :-

الفصل الأول

استحقاق أحد الزوجين جميع التركة

عند عدم وجود وارثين آخرين .

عندما يقتصر الورثة الباقيون على قيد الحياة على زوج أو زوجة، فإن هذا الباقي منهما على قيد الحياة يأخذ نصيبه المفروض أولاً ثم يرد عليه

بأقى التركة لعدم وجود فرع وارث، وينسب هذا القول لسيدنا عثمان بن عفان رضي الله عنه، ودليله في ذلك أن الفروض إن زادت عالت فينقص من نصيب الزوجين عند العول، فمن العدل أن تزيد عند الزيادة، وذلك عند عدم وجود ورثة آخرين⁽¹⁾ وهو رأي لبعض الشيعة أيضاً⁽²⁾ وهو ما أخذ به المقتن المصري⁽³⁾، وذلك بنصه على أنه: "إذا لم تستغرق الفروض التركة ولم توجد عصبية من السبب رد الباقي على غير الزوجين من أصحاب الفروض بنسبة فروضهم، ويرد باقى التركة إلى أحد الزوجين إذا لم يوجد عصبية من النسب أو أحد أصحاب الفروض النسبية أو أحد ذوى الأرحام". وعلى هذا الدرب سارت أكثر القوانين العربية ومنها القانون السوري⁽⁴⁾

وهذا هو المعتمد لدى بعض الدول الغربية، ومنها قانون الموارث اليوناني⁽⁵⁾ وذلك بالمادة 1821 في ميراث الطبقة الخامسة بقولها "يرث

(1) عرضه تفصيلاً: الإمام/ محمد أبو زهرة - الميراث عند الجعفرية - دار الفكر العربي - ص 78، أبو اليقظان عطية الجبوري - حكم الميراث في الشريعة الإسلامية - دار الندوة الجديدة - بيروت لبنان - ط 2 - 1406 هـ / 1986 م - ص 262، 261

(2) ذكره الشيخ أبو زهرة - الميراث عند الجعفرية - ص 86

(3) م 30 من القانون رقم 77 لسنة 1943 م بشأن الموارث . انظر الوقائع المصرية في 8 / 8 - 1943 م - العدد 92

(4) القانون رقم 59 الصادر في تشرين الثاني سنة 1953 م، انظر في العرض والشرح : / خيرى المفتى - علم الفرائض والموارث في الشريعة الإسلامية والقانون السوري

ص 49، وذلك في المادة 1/288، 2 . وبذات النص في القانون المصري تقريباً

(5) القانون المدني اليوناني رقم 2250 والصادر بتاريخ 15/3/1940 م والمعمول به من أول 1941/7 م . انظر في العرض والتعليق / كامل عثمان - المرشد في الأحوال

الشخصية في القانون المقارن وفي التشريع اليوناني والإنجليزي والإيطالي - مطبعة الفجالة - ط 1 - 1958 م - ص 159 .

الأرثوذكس تنص المادة 311 على أن للزوجة في تركة زوجها ثلاث حالات بنفس ما عند الأقباط الأرثوذكس. (1)

فهذا هو فرض الاستغراق لجميع التركة بين الزوجين وهو أمر يؤيده العقل والواقع على نحو ما هو موضع آنفاً.

الفصل الثاني

استحقاق الزوج [الرجل] جميع التركة

عند عدم وجود مستحقين آخرين

هذه الفرضية قال بها بعض أئمة المذهب الشيعي الذين يرون أنه يُرد على الزوج ولا يُرد على الزوجة (2) وهو المَعْلُومُ عليه في القانون الإيراني كما في المادة 905 والتي تنص على أن: "لكل وارث صاحب فرض أن يأخذ نصيبه من التركة، وما يبقى يكون من حق العصبية، فإن لم يوجد عصبية من أصحاب الفروض،، فهذا الباقي يضاف إلى ... ومع ذلك فالزوج الذي يكون الوارث الوحيد لزوجته يستحق باقي الميراث بصفة إضافية (3)

والواقع أن منطق هؤلاء ينطوي على ظلم وتفرقة بين الزوجين ليس لها أصل ولا معنى غير الرجعية إلى جذور الجاهلية الأولى، فلا يوجد لهم دليل من الشرع على ما يذهبون إليه من غير التعصب للرجل ضد المرأة على أساس التفرقة الجنسية المقيتة. ومن المعلوم من قواعد وأصول الشرع الحنيف أنه هُدمَ هذه التفرقة وتلك العصبية بين بنى البشر. وإن كان

(1) انظر المواد 311، 213 أرثوذكس، وفي العرض والتطبيق: / كامل عثمان - المرشد - ص 62

(2) لم يعرضه الإمام / أبو زهرة - الميراث عند الجعفرية - ص 86

(3) أشار إليه الإمام / أبو زهرة - الميراث عند الجعفرية - ص 86

الزوج الباقي على قيد الحياة كافة الميراث عند عدم وجود أقارب للمورث من الدرجة الأولى والثانية والثالثة والرابعة "ومن الواضح أنها تتبنى ذات الاتجاه وذلك لأن هذه المادة سابقة بيان بالوارثين من الطبقات المشار إليها، وعلى مثله نص القانون الإنجليزي (1) بقوله: "إذا خلف المورث المتوفى دون وصية زوجاً أو زوجة فتسرى القواعد التالية :- 1- إذا توفى المورث دون وصية ما: (أ) ولم يترك أولاداً. (ب) ولا أبوين، ولا أخاً شقيقاً ولا أختاً شقيقة، ولا أبناء أخ شقيق ولا أبناء أخت شقيقة: فإن تركته تؤول جميعها إلى الزوج الذي على قيد الحياة أو الزوجة التي على قيد الحياة"

وفي الشريعة اليهودية ذكر بعض الفقهاء أنه ليس هناك حكم واضح لميراث الزوجة، وأنه من المؤكد أن الأولاد يحبونها أما في حالة عدم وجود الأولاد، فيرى بعض الفقهاء أن التركة تؤول إليها وأنها تحجب إخوة المتوفى (2) وفي شريعة الأقباط الأرثوذكس في مصر وبحكم المادة 181 والتي تنص على أن للزوج في ميراث زوجته أحوالاً ثلاثة الحالة الثالثة: كل التركة إذا لم يكن للزوجة وارث من الفروع والأصول والحواشي.

وفي المادة 182 والتي تنص على أن حكم الزوجة في ميراث زوجها كحكم الزوج في ميراث الزوجة سواء بسواء (3) وعند طائفة الروم

(1) قانون الميراث الصادر في سنة 1952م مادة رقم 46، في العرض والتطبيق / كامل عثمان - المرجع السابق ص 204.

(2) ذكره د/ صوفى أبو طالب - تاريخ النظم القانونية والاجتماعية - دار النهضة العربية - 1976م - ص 281.

(3) / كامل عثمان - المرشد في الأحوال الشخصية - ط 1 - 1958م - ص 51

الإسلام ميزَ الرجلَ عن المرأة في أمور فإنه قد ميز المرأة عن الرجل في أمور أخرى بما أقام به العدل والمساواة بينهما : فقد تتساوى المرأة مع الرجل في الميراث ... وقد تزيد عنه وقد تفضل عليه في المهر والنفقة والذمة المالية المستقلة ..

فالمرأة ترث نصف الرجل في أربعة أحوال فقط وهى :-

1- الأخت الشقيقة أو لأب مع الأخ الشقيق أو للأب، فترث الأخت نصف الأخ وبرت هو مثلها والدليل على ذلك قول الله - تعالى - : ﴿ وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالًا وَنِسَاءً فَلِلَّذَكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ ﴾ (1)

2- وميراث الزوجة النصف من زوجها والدليل على ذلك قول الله - تعالى

- : ﴿ وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ

كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوَصِّينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَلَهُنَّ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمْنُ مِمَّا تَرَكَنَّ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوَصِّونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوْ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلَثِ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ وَصِيَّةٌ مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ ﴾ (2)

3- ميراث البنت مع الابن فيرث الابن مثلها والدليل على ذلك قول الله تعالى : ﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ ﴾ (3)

- (1) جزء الآية 176 من سورة النساء
(2) الآية 12 من سورة النساء
(3) جزء الآية 11 من سورة النساء

4- ميراث الأم مع الأب عند عدم وجود ولد للمتوفى، فترث الأم الثلث

وبرث الأب الثلثين ودليل ذلك قول الله - تعالى - : ﴿ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ ﴾ (1)

وقد روعى في هذه الحالات الأربع أن الرجل هو الذى يتولى الإنفاق عليها أو قدم إليها مهرًا فالأخت ينفق عليها أخوها، والزوجة تنفق عليها زوجها أو قدم لها مهرًا، وكذلك البنت مع الابن، والأم مع الأب

وتتساوى المرأة والرجل في الميراث في الأحوال الآتية :-

1- الأم مع الأب مع وجود ولد ذكر أو بنتين للمتوفى فيرث كل منهما

السدس "الأب والأم" والدليل على ذلك قول الله - تعالى - : ﴿ وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ ﴾ (2)

وكذلك الجد مع الجدة .

2- ميراث الأخوة لأم مع الأخوات لأم فترث الأخت السدس وكذلك الأخ

عند انفرادهما وعدم وجود من يحجبهم عن الميراث، وإن كان الأخوة لأم اثنين فأكثر ذكوراً أو إناثاً ففرضهم الثلث الذكر مثل الأنثى، والدليل على ذلك قول الله - تعالى - : ﴿ وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوْ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلَثِ ﴾ (3)

- (1) جزء الآية 11 من سورة النساء
(2) جزء الآية 12 من سورة النساء
(3) جزء الآية 12 من سورة النساء

3- ميراث الأخت الشقيقة أو الأخ الشقيق مع الزوج أو الزوج وبنت فترث

الأخت الشقيقة مع الزوج نصف التركة، وترث مع الزوج والبنت الرِّبْ كعصبة مع الغير، ويرث الأخ الشقيق مع الزوج نصف التركة تعصيباً ويرث مع الزوج والبنت رِبْ التركة تعصيباً⁽¹⁾.

4- ميراث الإخوة والأخوات لأم مع الإخوة الأشقاء في وجود الزوج والأم أو الجدة، فيرث الإخوة لأم الثلث الذكر مثل الأنثى.

5- ميراث ذوى الأرحام، حيث يرث الذكر منهم مثل الأنثى بالتساوى بينهما⁽²⁾.

6- ميراث الرجل أو المرأة عند الانفراد فتحصل على فرضها ثم تأخذ الباقي رداً وكذلك الرجل.

وهناك حالات تراث المرأة فيها أكثر من الرجل وهي :-

1- إن المرأة تراث بالفرض في سبع عشرة حالة ولا يرث الرجل بالفرض إلا في ست حالات فقط، وميراث المرأة بالفرض يكفل لها نصيباً وافراً

(1) انظر في عرض هذه الحالة والحالات السابقة واللاحقة : د/ جابر عوض عبد الحميد الجندى - حقوق المرأة في نطاق الأحوال الشخصية دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي على ضوء الاتفاقية الدولية للقضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة - سيداو CEDAW رسالة دكتوراة - حقوق الإسكندرية من ص 309 : ص 321 (2) انظر في ميراث ذوى الأرحام : أ/ محمد خيرى المفتى - علم الفرائض والميراث في الشريعة والقانون السورى - ص 61 وما بعدها . د/ أحمد فراج حسين - أحكام التركات والميراث - منشأة المعارف 1999م - ص 335 وما بعدها . الشيخ أبو زهرة - أحكام التركات والميراث - ص 98 وما بعدها . د/ أبو اليقظان الجبوري - حكم الميراث في الشريعة الإسلامية - ط 2 - 1406هـ / 1986م - ص 203 وما بعدها .

366

أما الرجل فإنه يرث بالتعصيب من الباقي الذى قد يقل عن نصيب المرأة بالفرض، وأكبر الفروض هو الثلثان للنساء فقط وترث به المرأة في أربعة أحوال : الأولى : إذا ترك المتوفى بنتين فأكثر مع عدم وجود معصب لهن لقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثُ مَا تَرَكَ ﴾⁽¹⁾ ، والحالة الثانية : إذا ترك بنتى ابن أو أكثر ولم يترك معصباً ولا بنات صلب . والحالة الثالثة : إذا ترك اثنتين فأكثر من الأخوات الشقيقات إذا لم يكن معهن أخ يعصبهن قال تعالى : ﴿ فَإِنْ كَانَتَا اثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا الثُّلُثَانِ ﴾⁽²⁾ ، الحالة الرابعة : إذا ترك أختين لأب فأكثر ولم يكن معهن أخت شقيقة ولا أخ يعصبهن ولا أب يحجبهن⁽³⁾.

2- إن فرض النصف لم يكن للرجال إلا للزوج عندما لا يكون للزوجة ولد أما النساء فلهن النصف في أربع حالات : الأولى : إذا لم يترك إلا بنتاً واحدة فترث النصف لقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ ﴾⁽⁴⁾ ، الحالة الثانية : إذا لم يترك إلا بنت ابن أو ما تحتها مع عدم وجود بنات الصلب وعدم وجود المعصب . الحالة الثالثة : إذا لم يترك إلا أختاً شقيقة ولم يوجد من يحجبها لقوله تعالى : ﴿ إِنْ أَمْرٌ

(1) جزء الآية 11 من سورة النساء

(2) جزء الآية 176 من سورة النساء .

انظر هذه الحالات : د/ أبو اليقظان الجبوري - حكم الميراث في الشريعة الإسلامية ص 113 - 114 - 115 . د/ جابر عوض الجندى - حقوق المرأة ص 318 .

(3) جزء الآية 11 من سورة النساء

(4) جزء الآية 176 من سورة النساء .

367

وقد تراث المرأة ولا يرث الرجل في عدة أحوال :

- 1- إذا ترك بنت ابن وزوجاً وأباً وأماً وبناتاً فترث بنت الابن السدس فرضاً وإذا وجد مكانها ابن ابن ورث بالتعصيب في الوقت الذي استوفت فيه الفروض التركة فلا يبقى له شيء ولا يرث .
- 2- إذا ترك أختاً لأب، وزوجاً، وأختاً شقيقة، فترث الأخت لأب في هذه الحالة السدس فرضاً، وإذا وجد مكانها أخ لأب فلا يرث لاستغراق أصحاب الفروض للتركة وهو يرث الباقي تعصياً ولا باقى له .
- 3- أن أم الأب وأم أم الأب وأم الأم وأم أم الأم يرثن وهن من النساء ولا يرث أبو الأم، وأبو أم الأب وأبو أبي الأم، وأبو أم الأم . وهم من الرجال (1) .

(1)س: لماذا جعل الإسلام نصيب البنت نصف نصيب الابن، وميراث الزوج من زوجته أكبر من ميراثها منه ؟ جـ: بالنسبة للبنت والابن : فإن ذلك مبنى على أمرين :

1- أن الله تعالى جعل الرجل قيمياً على المرأة [الرجال قوامون على النساء] وهذه القوامه والتي هي تفيد قيادة الرجل للأسرة بما يكفل حفظ كيان الأسرة وحسن سير المعيشة بينهما وهذا لا يأتي إلا بحفظ كرامة هذا الرجل ومكانته والمال هو الذي يضمن قيام هذه القوامه فتمتد تساووت الذمة الماليه بينهما سقطت القوامه ، واستتكت المرأة عن الخضوع لزوجها فجعل الإسلام ميراث الأنثى نصف ميراث الذكر لذلك .

2- أن الله تعالى قد جعل الرجل هو المسؤول عن النفقة على الأنثى سواء كانت زوجة أو كانت بنتاً أو أماً أو أختاً . ولذلك جعل ميراثه على الضعف من ميراثها .

3- أن الله تعالى قد ألزم الرجل بالمهر عند الزواج تطبيقاً لخطر الزوجة وتكريماً لها ورفعاً لقدرها ولما كان كذلك قرر له الضعف من ميراثها .

هَكَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ (1) الحالة الرابعة : إذا لم يترك إلا أختاً لأب ولم يكن معها أخت شقيقة ولا أخ لأب يعصبها ولا أب يحجبها ودليها الآية السابقة .

3- وفرض الثلث تأخذه اثنتان من النساء هما الأخوات لأم اثنتان فأكثر إذا لم يوجد أصل ولا فرع وارث والأم عند عدم وجود فرع وارث وعدم وجود اثنتين فصاعداً من الأخوات للمتوفى من أى الجهات كانوا وعدم وجود أحد الزوجين ودليلهم قول الله - تعالى - : ﴿ وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورِثُ كَلَالَةً أَوْ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ ﴾ (2) وقول الله - تعالى - : ﴿ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ ﴾ (3)

4- وفرض الثمن يأخذه ثمانية خمسة منهم من النساء وثلاثة من الرجال واللاتي من النساء هن : الأخت لأم عند انفرادها وعدم وجود الحajib لها، وبنت الابن الواحدة أو أكثر مع بنت صلبية تكملة لفرض الثلثين بشرط عدم وجود معصّب لهن، والأخت لأب واحدة أو أكثر من أخت شقيقة تكملة للثلاثين بشرط عدم وجود معصّب لهن، والأم إذا كان للمتوفى ولد، والجدّة الصحيحة بشرط عدم وجود ولد للمتوفى (4)

(1) جزء الآية 12 من سورة النساء

(2) جزء الآية 11 من سورة النساء .

(3) انظر بالتفصيل : د/ جابر عوض الجندى - حقوق المرأة - ص 319 ، 320

(4) جابر عوض الجندى - حقوق المرأة - ص 320 ، 321

ويلاحظ على النصوص المشار إليها ما يلي :-

فمن جهة أنها حرمت الزوجة من الميراث من زوجها بصفة مطلقة فقد ورد في كتاب المقارنات والمقابلات في المادة 312 ما نصه : 1- لا فرائض مقدرة للأبواء والأزواج والبنات والإخوة والأخوات ولا غيرهن من الأقارب . 2- لا ميراث للبنات ولا للزوجة .⁽¹⁾ وقد ذكر البعض⁽²⁾ أن الشريعة اليهودية ورثت الزوج ميراث زوجته، وأن الزوجة لا تراث الزوج .

ومن جهة ثانية جعلت الزوج هو الورث الوحيد حتى برغم وجود أولاد وأقارب حتى لو كان الأولاد من زوج سابق، هذه الغرابة وذلك الشذوذ جعلت لهذه الأحكام استحقاقاً في أن أسجلها هنا .

الفصل الثالث

رفض استحقاق الزوج [الزوج أو الزوجة] لجميع التركة

وتقوم هذه الفرضية على القول بعدم استحقاق الزوج الباقي على قيد الحياة لجميع التركة حتى حين انقراضه بذلك، وهذا هو المعتمد لدى جمهور الفقهاء : الحنفية⁽³⁾ قالوا : إن الرد يكون على أصحاب الفروض

(1) ينسب هذا للأستاذ/ محمود محمد جمعه - النظم الاجتماعية والسياسية، وقد أشار إليه / السيد عاشور - مركز المرأة - ص 53

(2) الفتاوى الهندية لجماعة من علماء المذهب في الهند - دار إحياء التراث العربي - بيروت - 1406 هـ / 1986 م ط 4 - ج 6 - ص 452، والمبسوط للرخسي - ج 29 - ص 193

(3) الإمام أبي عمر يوسف بن عبد الله النمرى القرطبي - الكافي في فقه أهل المدينة المالكي - دار الكتب العامة - بيروت - لبنان - ص 568، 569، والإمام الشافعي - الأم - كتاب الشعب - ج 3 - ص 2، 6، 7

ومن هذا العرض الموجز في المقارنة بين ميراث الرجل والمرأة يتضح بجلاء أن الشرع الحنيف قد راعى جانب المرأة وميزها عن الرجل ولم يكن العكس كما هو متوهم من ظاهر النصوص، فالمرأة تراث نصف ميراث الرجل في أربعة أحوال فقط، بينما تتساوى معه في الميراث في ست حالات، وترث أكثر منه في أربعة أحوال، وترث المرأة ولا يرث الرجل في ثلاث حالات وهذا على سبيل المثال والتعمق في البحث يظهر ميزات كثيرة ميزت بها المرأة في مجال الموارث .⁽¹⁾

ولقد وجدتُ حكماً غريباً وعجيباً وجائراً في شريعة اليهود في المواد 223، 231، 83 من الأحكام الشرعية الإسرائيلية فتقتضى المادة 223 والتي تنطق بأن : " كل ما تملكه الزوجة يزول بوفاة ميراثاً شرعياً إلى زوجها وحده لا يشاركه فيه أقاربها ولا أولادها سواء كانوا منه أم من رجل آخر " وفي المادة 231 والتي تقول إنه " ليس لورثة الزوجة مشاركة زوجها فيما تركته من كسب كدها أو فيما هو مملوك لها ملكاً خاصاً " ولا فيما دخلت به من أمتعة وثياب ولا فيما اشتراه لها الزوج من ماله من الحل قبل وبعد الزواج ولا في هدايا الخطوبة أو الزواج أياً كان مهديها " وفي المادة 83 والتي جاء بها إنه " إذا عثرت الزوجة على لقيعة فهي من حق زوجها ما دام قائماً بما عليه من الواجبات .⁽²⁾

= بالنسبة للزوج والزوجة : فالزوجة تراث الربع عند عدم الولد مقابل النصف ، والثلث عند الولد في مقابل الربع فهي تراث نصفه .

1- ما قيل في جواب السؤال السابق يصلح هنا ويضاف إليه .

2- أن الزواج غالباً ما وفر الزوجة لتكوين ثروة فإذا ماتت كان أحق الناس بهذه التركة التي غالباً ما كان له دور في تحقيقها .

(1) نقل عن / السيد محمد عاشور - مركز المرأة في الشريعة اليهودية - ص 56

(2) / السيد عاشور - مركز المرأة ... - ص 54

من غير الزوجين، وقد قال المالكية والشافعية بعدم الرد على أصحاب الفروض أصلاً بما فيهم الزوجان

فيقول الإمام الشافعي رحمه الله : وذلك بعد أن ذكر آيات المواريث :-

فهذه الآيات في المواريث كلها تدل على أن الله عز وجل انتهى بمن سمى له فريضة إلى شيء فلا ينبغي لأحد أن يزيد من انتهى الله به إلى شيء غير ما انتهى به الله، فبذلك لا يجوز الرد في المواريث ... ثم قال : وهو قول زيد بن ثابت وقول الأكثر ممن لقيت من أصحابنا⁽¹⁾ ويشير ببعض الأفاضل⁽²⁾ إلى أن هذا هو قول بعض الصحابة منهم عبد الله بن مسعود الذي قال بالرد على غير الزوجين والأخت لأب، والإمام على - كرم الله وجهه - الذي قال بالرد على أصحاب الفروض غير الزوجين، ويمثله قال عبد الله بن عباس رضي الله عنه وزاد الجدة في منع الرد، وهو أحد الأقوال عند الشيعة⁽³⁾

التعليق على قول الجمهور :

فمن جهة سوى جمهور الفقهاء بين الزوج والزوجة في المنع من الرد عليهما عند عدم وجود ورثة آخرين ومسلك الجمهور في التسوية بين الزوجين مسلك حسن يتفق مع أصول وقواعد الشرع الحنيف .

ومن جهة ثانية : منع الفقهاء الرد على الزوجين عند عدم وجود ورثة آخرين للمتوفى غير الزوجين، وهو منع غير مبرر وقد يصطدم مع مثل قول الله تعالى [النَّبِيُّ أَوْلَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ وَأَزْوَاجُهُ أُمَّهَاتُهُمْ وَأُولُو

(1) الأم - ج3 - ص6

(2) الشيخ / أبو زهرة - الميراث عند الجعفرية - ص86، 87 بالهامش .

(3) الشيخ / أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن - شرائع الإسلام في مسائل الحلال

والحرام - تحقيق عبد الحسين محمد علي - ط 1 - مطبعة الآداب بالنجف الأشرف

- العراق - 1389هـ / 1969م - ص10

الْأَرْحَامَ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ وَالْمُهَاجِرِينَ إِلَّا أَنْ تَقْعَلُوا إِلَىٰ أَوْلِيَائِكُمْ مَعْرُوفًا كَانَ ذَلِكَ فِي الْكِتَابِ مَسْطُورًا⁽¹⁾

فالزوجان بعضهم أولى ببعض في الحياة والممات .

ومن جهة أخرى : لم يأخذ المقتن المصري برأى الجمهور هنا واعتمد رأى القائلين بالرد على الزوجين وهو مسلك حسن من المقتن المصري في هذه المسألة وهو أقرب إلى قواعد العدالة التي تتفق مع منطق الشرع والعقل.

الفصل الرابع

الاستحقاق لجميع التركة بالوصية [الميراث الإيصالي]

عرف القانون المصري القديم أيام الدولة القديمة نظام الوصية، فكان الزوج يوصى لزوجته بجزء أو كل ماله وذلك على أن تقوم الزوجة بنقل هذه الأموال إلى أولاده من بعده⁽²⁾ وفي بلاد العراق القديمة : لم يكن للزوجة الحق في الحصول على نصيب من تركة الزوج الذي توفي قبلها وليس لها إلا الانتفاع بأموال العطية التي يعطيها الزوج لها قبل وفاته⁽³⁾ ويرى البعض أن الشريعة اليهودية لم تجعل للمرأة ميراثاً إلا عن طريق الوصية، وكانت الوصية مقيدة بحدود منها ألا تكون لوارث، وألا يكون للمتوفى ورثة " أبناء ذكور "⁽⁴⁾

(1) سورة الأحزاب - جزء من الآية 6 .

(2) أحمد إبراهيم حسن - فلسفة وتاريخ النظم الاجتماعية والقانونية - 2003م - ص497

(3) أحمد إبراهيم حسن - فلسفة - ص506، 507

(4) صوفي أبو طالب - تاريخ النظم القانونية - ص281، د/ محمد علي

الصافوري - النظم القانونية لدى اليهود والإغريق والرومان - ص141

يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ⁽¹⁾ وانعقد الإجماع على هذا بلا منازع⁽²⁾ وهو ما أخذ به قانون الميراث المصري في مادته 11 بقولها: "للزوج فرض النصف عند عدم الولد وولد الابن وإن نزل ..."⁽³⁾

وقد سوتُ شريعة الأقباط في مصر بين الزوج والزوجة في استحقاق النصف عند عدم وجود فرع وارث⁽⁴⁾ وكذلك الحال عند الروم الأرثوذكس⁽⁵⁾ وفي قانون الميراث اليوناني تقضى المادة 1820 في ميراث الزوج⁽⁶⁾ أو الزوجة⁽⁷⁾ الباقي على قيد الحياة أن له نصف تركه المتوفى وذلك عندما لا يكون معه ورثة من الطبقة الأولى⁽⁸⁾ وفي القانون الإنجليزي نجد المادة 46 في الميراث الشرعى لأعيان التركية المينية والمنقولة في حالة عدم الإبساء والتي مضمونها يتضح فيما يأتي:-

1- إذا تُوفى المورث دون وصية وترك زوجاً أو زوجة وأولاداً، فإن الباقي من الزوجين يؤول إليه جميع منقولات المنزل علاوة على تحميل تركه المتوفى بدين قدره خمسة آلاف لصالح الزوج الذي على قيد الحياة مع

(1) سورة النساء - جزء الآية 12

(2) انظر في دعوى الإجماع: الإمام/ المنرى - الإجماع - تقديم ومراجعة عبد الله بن زيد آل محمود - بند 289 - ص 67.

(3) من القانون رقم 77 لسنة 1943م - بشأن الميراث - الوقائع المصرية 1943/8/12 - العدد 92

(4) انظر المواد 181، 182 من شريعة الأقباط الأرثوذكس

(5) بالتفصيل المناسب انظر: أ/ كامل عثمان - المرشد ... - ص 62

(6) قانون الميراث اليوناني رقم 2250 بتاريخ 15 / 3 / 1940م، انظر بالتفصيل

أ/ كامل عثمان - المرشد ... - ص 159 - الطبقة الأولى في النص المشار إليه هم

أولاد المتوفى بحسب المادة 1813

التعليق: إن القول بعدم استحقاق الزوجة لشيء من ميراث زوجها إلا بوصية من الزوج أو أن يكون للمرأة مجرد حق الانتفاع لهومنطق من التفرقة الجائرة التي باتت مهجورة في عرف العقلاء من بنى البشر، وخاصة أن هذه القواعد باتت رمزية تاريخية تشير إلى بدائية الفكر الإنساني الذي لم يكن لها مصدر سماوى .

التعقيب على الفصول الأربعة السالف ذكرها:

فمن جهة: وصل الأمر بالبعض إلى رفض استحقاق الزوجة للرد عند عدم وجود ورثة آخرين للمتوفى وهو مسلك فى غاية العيب والغرابة وكان أخف منه وطأً مَنْ منع الرد على الزوجين كليهما وهو مسلك جمهور فقهاء الإسلام، وقد كان أحسن هذه الاتجاهات ما رآه البعض من استحقاق كلا الزوجين للرد عند عدم وجود ورثة آخرين

ومن جهة ثانية تتجه القوانين الحديثة إلى الرد على كلا الزوجين عند عدم وجود ورثة آخرين للمتوفى منهما، وهو تخلى تاريخى عن العصبية للجنس . وهو مسلك طيب .

ومن جهة ثالثة فإنه يترجح لدى قول الثائلين بالرد على كلا الزوجين عند عدم وجود ورثة آخرين لقيامه على منطق العدل والولاء بين الزوجين .

الفرع الثانى

استحقاق النصف من تركه المتوفى من الزوجين للآخر

قد يصل نصيب أحد الزوجين من تركه الزوج المتوفى إلى نصف التركة وذلك بحسب الشرائع المختلفة . ففى الشريعة الإسلامية يعد النصف هو فرض الزوج عند وفاة الزوجة بدون أن تترك أولاداً " فرع وارث " والدليل على ذلك قول الله تعالى ﴿ وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ

فائدة قدرها أربعة فى المائة من تاريخ الوفاة لحين تملكها، ويكون الباقي النصف للزوج أو الزوجة والنصف الآخر للأولاد .

2- إذا ترك المورث دون وصية أباً أو أمّاً أو أخاً شقيقاً أو أختاً شقيقة أو أبناء أخ شقيق أو أبناء أخت شقيقة ولم يترك أبناء وترك زوجاً أو زوجة، فإن الزوج أو الزوجة تؤول إليها المنقولات الشخصية، وتحمل التركة الباقية بدين قدره عشرة آلاف وذلك للزوج أو الزوجة بالإضافة إلى فائدة قدرها 4٪ سنوياً لحين الوفاء بها، ثم يوزع الباقي من التركة النصف للزوج أو الزوجة والنصف للباقي .. " (1)

وفى التشريع الإيطالى للأحوال الشخصية تقضى المادة 5/11 بأنه عند اشتراك الباقي من الزوجين على قيد الحياة مع أولاد المتوفى الشرعيين وغير الشرعيين فعند اشتراك ولد واحد للمتوفى مع الزوج أو الزوجة الباقي منهما على قيد الحياة، فإن هذا الزوج أو الزوجة يستحق الانتفاع على حصة من التركة وهى النصف (2)

التعليق على هذا الفرع

بعد العرض السابق لمواقف الشرائع المختلفة من استحقاق الزوجين للنصف من تركة المتوفى يلاحظ الآتى :-

أولاً : أن فرض النصف كان للزوج فقط فى الشريعة الإسلامية بخلاف الشرائع الأخرى التى سوت فيها بين الزوج والزوجة، ويمكن قبول

(1) القانون الصادر فى 1925 ولمزيد من التفاصيل انظر / كامل عثمان - المرشد ص 204 وما بعدها .

(2) التشريع الإيطالى للأحوال الشخصية بالقانون رقم 262 بتاريخ 16 / 3 / 1942م - الكتاب الثانى - الميراث الشرعى - انظر بالتفصيل الأستاذ/ كامل عثمان - المرشد 261 - ص 261

تبرير الإسلام لذلك من خلال إلزام الزوج وحده بالإنتفاع على الزوجة، أما فى باقى الشرائع فهو التزام تبادلى بينهما . وكذلك لوجود المهر وهو إلزامى فى دين الإسلام . كما أن المرأة قد تتساوى مع الرجل فى الميراث وقد تزيد عليه ... وقد سبق بيان ذلك

ثانياً : أن القانون الإنجليزى قد شذ عن القاعدة حينما جعل أحد الزوجين وارثاً للنصف عند وجود أبناء للمتوفى، بخلاف الشرائع الأخرى التى اشترطت عدم وجود أبناء للمورث حتى يتسنى إعطاء الزوج النصف من تركة المتوفى، علاوة على ما أضافه القانون الإنجليزى فوق النصف من منقولات شخصية ودین على التركة وفائدة 4٪ من تاريخ وفاة المورث حتى تملك الزوج نصيبه ولدين وفوائده .

ثالثاً : أن فرض النصف المحدد للزوج ملزم ولا تعارضه وصية فى الشريعة الإسلامية وهو كذلك عند الأقباط الأرثوذكس والأرمن الأرثوذكس وبخلافه نجد الوضع فى إنجلترا واليونان حيث إن هذا الفرض مترتب على عدم وجود وصية، وأن الوصية معدلة أو مبدلة له .

الفرع الثالث

استحقاق أحد الزوجين لربع تركة المتوفى منهما

قررت الشريعة الإسلامية أن الزوج عند وفاة زوجته ولها أولاد ذكور أو إناث منه أو من غيره فإن الزوج يستحق ربع تركة زوجته وذلك استناداً إلى قول الله - تعالى - ﴿ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبْعُ مِمَّا لَرَجُلٍ ﴾ (1) وعلى هذا أجمعت الأمة (2)

(1) سورة النساء - جزء الآية 12

(2) هذا الإجماع حكاه ابن المنذر - الإجماع ... بند 290 - ص 67 .

وقد تبني هذا الحل المائل الروم الأرثوذكس بلا خلاف عليه الأقباط الأرثوذكس .⁽¹⁾

وفى التشريع اليونانى تنص المادة 1820 على أن (الزوج الذى على قيد الحياة يعتبر وارثاً بدون وصية بحق الربع عندما يرث مع أقارب للمتوفى من الطبقة الأولى) وأقارب المتوفى من الطبقة الأولى هم أولاده بنص المادة 1813⁽²⁾

ويلاحظ على الفرع المائل :-

من جهة أن جميع الشرائع قد جعلت من فرض الربع نصيباً للزوج والزوجة على قدم المساواة وبلا تمييز بينهما .

ومن جهة ثانية يستحق الربع عند وجود فرع وارث للمتوفى أو المتوفاة فى جميع الشرائع ، وفى الشريعة الإسلامية فى حق الزوج ، أما الزوجة فيشترط عدم وجود فرع وارث حتى تستحق الزوجة الربع ، وقد روى فى ميراث المرأة أميران : المهر والنفقة . كما أن الزوج يأخذ الربع عند وجود أولاد للزوجة رعاية لمصلحة الأولاد والزوجة تأخذ الربع عند عدم وجود أولاد الزوج رعاية لمصلحة الزوجة .

ومن جهة ثالثة كانت شروط استحقاق فرض الربع متماثلة وهى عند وجود أولاد للمتوفى وفى جميع الشرائع إلا فى حق المرأة فى الإسلام حيث يشترط فى حقها عدم وجود أولاد للمتوفى حتى تستحق فرض الربع .

(1) المواد 311، 312 / كامل عثمان - المرشد فى الأحوال - ص 62

(2) المواد المذكورة من القانون اليونانى رقم 2250 - الصادر بتاريخ 15 / 3 / 1940م ، وفى العرض والتعليق / كامل عثمان - المرشد - ص 157، 159

أما إذا مات الزوج وترك زوجة ولم يترك أولاداً ذكوراً أو إناثاً منها أو من غيرها فإن الزوجة تستحق فى ميراث زوجها الربع وذلك أخذاً من قول الله - تعالى - ﴿ وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ ﴾⁽¹⁾ وانهقد عليه الإجماع⁽²⁾

وهو ما أخذ به القانون المصرى فى المادة 11 : (للزوج فرض والربع مع الولد أو ولد الابن وإن نزل وللزوجة ولو كانت مطلقة طلاقاً رجعياً إذا مات الزوج وهى فى العدة أو الزوجات فرض الربع عند عدم الولد وولد الابن وإن نزل)⁽³⁾

ولا يخرج التشريع الإيرانى عن هذا الحل المائل بيد أنه لا يورث المرأة إلا من المنقولات والفرش وقيمة المبانى ولا ترث فى الأرض ذاتها بخلاف الزوج الذى يرث من كل ما تركته الزوجة⁽⁴⁾

وعند الأقباط الأرثوذكس فى مصر يستحق الزوج أو الزوجة ربع تركة المتوفى منهما إذا كان للمتوفى ثلاثة أولاد فأقل ذكوراً أو إناثاً، أما إذا كانوا أكثر من ثلاثة أولاد فله حصة مساوية لحصة واحد منهما⁽⁵⁾ .

(1) سورة النساء - جزء الآية 12

(2) ابن المنذر - الإجماع بند 291 - ص 67

(3) القانون رقم 77 لسنة 1943م بشأن الموارث

(4) فى عرض ذلك المواد من 646 : 948 من قانون الميراث الإيرانى . انظر فى العرض والتعليق الشيخ / أبو زهرة الميراث عند الجعفرية - دار الفكر الجامعى - ص 90

(5) انظر فى هذا المواد 181، 182، / كامل عثمان - المرشد فى الأحوال الشخصية -

ط 1 - 1958م - ص 51

الفرع الرابع

استحقاق أحد الزوجين أى نصيب من غير ما سبق

قد يستحق أحد الزوجين فى تركة المتوفى منهما ثلث هذه التركة أو ثمنها أو أقل من ذلك، وهذا بحسب الأحوال والشرائع المختلفة على النحو التالى :-

ففى الشريعة الإسلامية : يعد الثمن فرض الزوجة التى مات زوجها وترك أولاداً ذكوراً أو إناثاً منها أو من غيرها وذلك لقول الله - تعالى - ﴿ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثَّمَنُ مِمَّا تَرَكْتُمْ ⁽¹⁾ ﴾ وانعقد الإجماع على ذلك ⁽²⁾ وهو ما أخذ به القانون المصرى فى مادته 11 : " ... والثمن مع الولد أو ولد الابن وإن نزل ... ⁽³⁾ وعند الروم الأرثوذكس يرث أحد الزوجين من الآخر الثمن إذا ترك الزوج المتوفى سبعة أبناء منها أو من غيرها من زواج شرعى، فالباقي منهما على قيد الحياة يكون نصيبه الثمن مع هؤلاء الأولاد ⁽⁴⁾ وعند السريان الأرثوذكس تقضى المادة 78 بأنه : " إذا مات أحد الزوجين وترك أولاداً فللزوجة الآخر الثمن، أما إذا لم يترك أولاداً فالثلث ⁽⁵⁾ وفى إيطاليا : تقضى المادة 581 بأنه فى حالة اشتراك الزوج أو الزوجة الباقي على قيد الحياة مع الأولاد الشرعيين أو غير الشرعيين، فإذا اشترك مع الزوج أو الزوجة أولاد شرعيين

(1) سورة النساء - جز الآية 12

(2) ابن المنذر - الإجماع ... - بند 292 - ص 670

(3) القانون رقم 77 لسنة 1943 بشأن المواريث .

(4) بالتفصيل المناسب / كامل عثمان - المرشد فى الأحوال ... - ط 1 سنة 1958 - ص 61

(5) / كامل عثمان - المرشد - ص 86

أو غير شرعيين وأكثر من واحد يستحق الزوج أو الزوجة على حق انتفاع ثلث التركة " ⁽¹⁾

وفى التشريع اليونانى تقضى المادة 1820 بأنه : " وعندما

يكون الزوج الباقي على قيد الحياة وارثاً بدون وصية مع أقارب من الدرجة الثانية أو الثالثة أو الرابعة فإنه يأخذ علاوة على حصته الميراثية من أثاث وأدوات منزلية ... " ⁽²⁾

وفى التشريع الإنجليزى : يستحق الزوج أو الزوجة الباقي على قيد

الحياة فى اشتراكه مع الأولاد، علاوة على ميراثه جميع منقولات المنزل الشخصية، وتحمل التركة بدين قدره خمسة آلاف، وبفائدة قدرها 4% من يوم وفاة المورث ولحين تملك الزوج لها، وإذا كان مع الزوج أو الزوجة ورثة من أب أو أم أو أخ شقيق أو أخت شقيقة أو أبناء أخ شقيق أو أبناء أخت شقيقة فإنه علاوة على ما أخذه وجميع المنقولات الشخصية تحمل التركة بدين قدره عشرون ألفاً، وبفائدة قدرها 4% من حين الوفاة ولحين تملك الزوج لها ... " ⁽³⁾

(1) التشريع الإيطالى فى الأحوال الشخصية - القانون رقم 262 فى 16 / 3 / 1942 م .

/ كامل عثمان - المرشد .. ص 261 .

(2) القانون المواريث اليونانى - رقم 2250 الصادر فى 15 / 3 / 1940 م، انظر / كامل

عثمان - المرشد ص 159

(3) القانون المواريث الصادر سنة 1952م - ج 1، فى تعديلات قانون المواريث مادة 46

الطر بالتفصيل / كامل عثمان - المرشد - ص 204 وما بعدها

الفرع الخامس

عدم استحقاق أحد الزوجين لشيء من الميراث

أتى على الإنسانية حين من الدهر لم يكن للمرأة شيء في الميراث لا بنتاً ولا زوجة، حتى قال بعض الكتاب: "وانضمت المرأة إلى قائمة الورثة في عهد الأسرة الخامسة في مصر القديمة، رغم أنه لم يكن لها أى حق في ميراث زوجها خلال العصور السابقة" (1).

حتى إن بلاد العراق القديمة لم تكن المرأة مُدرجةً على قائمة الورثة، ولم يكن لها الحق في الحصول على شيء من ميراث زوجها المتوفى، وكان كل ما لها الإقامة في المنزل والانتفاع بأموال العطية (2). ويضيف البعض قائلاً: "ولها بطبيعة الحال الانتفاع بأموال وصيتها وإن لم يكن الزوج قرر لها أموالاً للمتعة فإنها تحصل على نصيب يساوى نصيب أحد الأبناء، ولكن لا يجوز لها التصرف في كل هذا وتؤول إلى أبنائها عند وفاتها" (3).

- (1) د/ شفيق شحاته - التاريخ العام للقانون - ص35، وأشار إليه: د/ أحمد إبراهيم حسن - فلسفة تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية 2003م - ص496، وانظر في القول بخلافه د/ محمود السقا - فلسفة وتاريخ النظم الاجتماعية والقانونية. دار الفكر العربي، 1978م - ص313 وما بعدها، وذلك بقوله: كانت الزوجة تنتقل إليها منفعة ثلثي الأموال نصيب الزوجة في الأموال المشتركة بينها وبين زوجها أ. هـ. للتوفيق بينهما. أقول لعل هذا الذي ذكره د/ محمود السقا كان بعد الأسرة الخامسة.
- (2) د/ أحمد إبراهيم حسن - فلسفة - ص506 وما بعدها.
- (3) د/ صوفى أبو طالب - تاريخ النظم ... ص228، ويمثله قال د/ محمود السقا - فلسفة وتاريخ النظم .. ص404.

أما شريعة اليهود فإن الفقهاء لم تتفق كلمتهم عند حد سواء فقد نهايت الآراء فمنهم من قال: أن الزوجة كانت تراث الزوج في حالة عدم وجود أولاد أو بنات، لأنها تحجب الإخوة (1). بينما يرى البعض أنها لا تراث شيئاً إلا عن طريق الوصية (2). غير أن الأكثرية يرون عدم وضوح حالة الزوجة في الميراث والمؤكد أن الأولاد يحجبونها (3). بيد أن البعض يؤكد على عدم إرثها لشيء فيقول:

- 1- الزوج يرث الزوجة.
- 2- الزوجة لا تراث الزوج. (4) ويؤيد هذا ما جاء في كتاب المقارنات والمقابلات ففضى المادة 312 - 1 - 2 - 3 لا ميراث للبنات ولا الزوجة (5). وكذا ما جاء بدائرة المعارف اليهودية من تعداد للوارثين ليس من بينهم الزوجة (6). ويؤكد البعض ما سبق بقوله: والزوجة لا تراث زوجها وفسروا ذلك بقولهم حتى لا تتمنى موته، ويتحاليون على توريتهم إما بوصية لها أو بإقرار بدين في عقد الزوج أو بمؤخر مهر

- (1) د/ فحى المرصفاوى نقلاً عن د/ محمد على الصافورى. النظم القانونية القديمة لدى اليهود والإغريق والرومان - ص141
- (2) ذكره د/ صوفى أبو طالب - تاريخ النظم - ص281
- (3) د/ صوفى أبو طالب تاريخ النظم القانونية - ص281، د/ أحمد حسن طسفة وتاريخ ... ص508، د/ محمد على الصافورى - النظم القانونية ص141 وكذا في كتابه نظرات في الشريعة اليهودية - الولاء للطباعة 1995م - ص128، 129
- (4) د/ محمد محمود جمعه - النظم الاجتماعية والسياسية، نقلاً عن السيد عاشور - مركز المرأة - ص53.
- (5) نقلاً عن السيد عاشور - مركز المرأة ... ص54
- (6) السيد عاشور - مركز المرأة ... ص55

يحل بأحد الأجلين الطلاق أو الوفاة، والرجل يرث امرأته عند الريانين دون القرائين⁽¹⁾ ويمكنني أن أقول أن الزوجة كانت تراث في العهود الأولى، وقبل أن يدخل على التوراة التعديل والمسح والتعريف، ولو كشف الفطاء، وأزيل التراب وأميط النقاب لوجدت المرأة واثرة في شريعة اليهود مثل الذي في شريعة الإسلام.

وفي تشريع الميراث اليوناني تقضى المادة 1822: بأن الزوج الباقي على قيد الحياة لا يستحق أى شيء من تركة المتوفى إذا كان الباقي على قيد الحياة قد قام بخطأ أدى إلى طلب الزوج المتوفى قبل الوفاة الطلاق وقد رفع دعوى لهذا الغرض بالفعل⁽²⁾ وفي القانون الإيطالي تقضى المادتين 585، 548 بحرمان الزوج من الميراث ومن حق الانتفاع إذا صدر ضده حكم بالتفريق الجسماني حتى ولو كان الحكم بمسؤولية الزوجين المشتركة⁽³⁾

هل يوحد في الإسلام ما يمنع الزوج أو الزوجة من الميراث من المتوفى

منهما ؟

هذا ويعتبر من أهم موانع الميراث بين الزوجين في الإسلام القتل، واختلاف الدين واختلاف الدار، أما عن اختلاف الدين والدار فسوف يأتي الحديث عنهما في موضع لاحق وأكتفى بالحديث الموجز عن القتل كمانع من موانع الميراث بين الزوجين.

(1) / كامل عثمان - المرشد في الأحوال الشخصية - ط 1 - 1958م - ص 91

(2) / انظر قانون الموارث اليوناني رقم 2250 في 15 / 3 / 1940م

(3) / راجع التشريع الإيطالي للأحوال الشخصية بالقانون رقم 262 الصادر في 16 / 3 / 1942م .

فلو أن زوجة قتلت زوجها، أو قتلها الزوج فهل يرث القاتل القاتل ؟

أولاً :- أجمع الفقهاء على أن القاتل عمداً لا يرث من مال من قتله ولا من دينه شيئاً وأجمعوا على أن القاتل خطأ لا يرث من دية من قتله⁽¹⁾ حيث إن القاتل خطأ مطالب بدفع الدية وعند توزيع تركة القاتل فإن القاتل لا يرث من هذه الدية التي قدمها لمورثه القاتل وإن كان يرث من غيرها من تركة القاتل وهذا بخلاف القاتل عمداً الذي لا يرث من الدية ولا من أى شيء من تركة القاتل .

ثانياً :- اختلف الفقهاء في غير ما سبق على النحو التالي :-

قال الحنفية : إن كل قتل وجب فيه القصاص من القاتل أو وجبت فيه الدية وكان القاتل بالغاً عاقلاً، فإن القاتل لا يرث بسبب هذا القتل، والقتل بالتسبب لا يمنع الميراث عندهم⁽²⁾ ويقول المالكية : إن الذي يمنع الميراث هو القتل العمد، ولو كان من صغير مميز، أما القتل الخطأ فلا

(1) / الإجماع - البندين 320، 321، الإمام عبد الله محمد بن عبد الرحمن الدمشقي

العثماني الشافعي - رحمة الأمة في اختلاف الأئمة - دار الكتب العلمية - بيروت

لبنان - ص 201، سميح عاطف الزين - موسوعة الأحكام الشرعية الميسرة في

الكتاب والسنة - المسماة العقود والمطعمات والمشروبات - دار الكتاب اللبناني -

دار الكتاب المصري - ص 242 وما بعدها .

(2) / السرخسي - المبسوط - دار المعرفة - بيروت - ج 29 - ص 46 وما بعدها -

الإمام محمد بن حسين بن علي الطودى الحنفى - تكملة البحر الرائق شرح كنز

الدفائق - طبع على نفقة قارى محمد إسماعيل - المكتبة الماجدية ج 8 -

ص 500، الفتاوى الهندية - دار إحياء التراث العربى - بيروت - لبنان - ط 4 -

1406 هـ / 1986م - ج 6 - ص 454، عبد الحميد طهماز - الفقه الحنفى فى

نوبه الجديد - الطبعة الأولى 1420 هـ / 2000م - دار العلم - دمشق - الدار

الشامية - بيروت - ج 2 - ص 273

يمنع من الميراث حتى ما كان بالتسبب⁽¹⁾ وقال الشافعية : جميع أنواع القتل تمنع القاتل من الميراث حتى ولو كان يحق أو كان القاتل مجنوناً⁽²⁾ وعند الخنابلة : القتل الذي يوجب قصاصاً أو دية هو المانع من الميراث فيدخل فيه القتل الخطأ وشبه الخطأ⁽³⁾ وعند الشيعة وفي المادة 586 : " ففى خصوص العمد لا يرث القاتل المقتول إذا لم يكن القتل بحق أما إذا قُتل مورثه قصاصاً أو حداً أو دفاعاً عن نفسه فلا حرمان من الإرث، ولذا لو كان القاتل طبيباً، أو مجنوناً، والقاتل خطأ يمنع من الإرث من الدية، ومن سائر التركة ومثله الصبى والمجنون. (4)

وقد أخذ القانون المصرى بمذهب المالكية حيث تنص المادة 5 على أنه " من موانع الإرث قتل المورث عمداً سواء أكان القاتل فاعلاً أصلياً أم شريكاً أم كان شاهداً زور أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه إذا

- (1) لمزيد من الإيضاح الشيخ / عlish - شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل - مكتبة النجاح - طرابلس - ج4 - ص697، محمد بن على الشوكاني - الدرر المضية شرح الدرر البهية - دار المعرفة - بيروت 1406هـ / 1986م - ج1 - ص272، السيد عثمان بن حسين الجعلى المالكي - سراج السالك شرح أسهل المسالك - المكتبة الثقافية - بيروت - ج1 - ص237 .
- (2) الإمام الشافعى - الأم - كتاب الشعب - ج3 - ص2، 4، ابن شهاب الرملى - نهاية المحتاج - مكتبة مصطفى البابى الحلبي - مصر - ج5 - ص28، 29
- (3) الشيخ / منصور البهوتي - الروض المربع بشرح زاد المستقنع - عالم الكتب بيروت - ص335
- (4) الشيخ عبد الكريم الحلبي - الأحكام الجعفرية فى الأحوال الشخصية - دار الرقى لبنان - ص193، وانظر فى عرض جميع المذاهب السابقة د/ محمد حسين قنديل دراسات فى الرهن والشفعة والميراث - 2007 / 2008م ص472 وما بعدها

كان القتل بلا حق ولا عذر وكان القاتل عاقلاً بالفاً من العمر خمس عشرة سنة، وتعد من الأعداء تجاوز حق الدفاع الشرعى " (1)

وعند الأقباط الأرثوذكس : تقضى المادة 175 بأن لا يكون أهلاً للإرث أولاً من قُتل مورثه أو شرع فى قتله عمداً أو اشترك فى إحدى هاتين الجنائيتين بأية صورة من صور الاشتراك القانونى وثبتت عليه ذلك بحكم قضائى " (2)

وعند الروم الأرثوذكس قضت المادة 318 بمنع الإرث عن مستحقته لعلتين الأولى اختلاف الدين والثانية القتل على تعدد أنواعه أو التدخل به تدخلاً فرعياً⁽³⁾

وعند السريان الأرثوذكس قضت المادة 66 بأن يحرم من حق الإرث المسيحى . أولاً : من حكم عليه قضائياً بأنه قتل أو شرع فى قتل مورثه أو اشترك فيه بأى طريقة من طرق الاشتراك المبينة فى قانون المحاكم . ثانياً : من أمكنه إنقاذ مورثه من الهلاك وتقايس عنه عمداً . ثالثاً : من هم بقتل مورثه ولم يبلغ عنه المحاكم و نخلص من هذا إلى أن القتل يمنع من التوارث بين الزوجين . وذلك بحسب تكييف القتل عند أهل كل شريعة " حكم نقض "

- (1) القانون رقم 77 لسنة 1943م
- (2) التفصيل / كامل عثمان - المرشد ص49
- (3) التفصيل المناسب / كامل عثمان - المرشد ط 1 - 1958 - ص64 .

/ كامل عثمان - المرشد ص85 .

النتائج المترتبة على المطلب الماثل

يترب على البيان المعروض أنفاً في خصوص مقدار نصيب كل من الزوجين في تركة الآخر عند وفاته النتائج التالية :-

أولاً :- ميراث المرأة في الإسلام .

إن الشريعة الإسلامية وقد تابعها القانون المصري قد سوت بين الرجل والمرأة في الميراث، بل المحقق في هذا الأمر ليجد أن الإسلام قد مير المرأة على الرجل في الميراث، فالمهر واجب على الرجل للمرأة، والنفقة واجبة للمرأة على الرجل، وللمرأة الذمة المالية المستقلة، وهي تترث نصف ميراث الرجل في أربعة أحوال فقط وتتساوى معه في الميراث في ستة أحوال، وترث أكثر منه في أربعة أحوال، وترث هي والرجل لا يرث في ثلاثة أحوال، وإن التعمق في البحث ليظهر ميزات كثيرة ميزها بها الشرع الحنيف في مجال الموارث . وذلك خلافاً للشريعة اليهودية التي حرمت الزوجة من الميراث من زوجها بصفة مطلقة مع أنهم ورثوا الزوج من الزوجة، وكان موقف الشريعة الإسلامية أفضل مما كان عليه حال الميراث في الأنظمة القديمة فلم يكن للزوجة شئ من الميراث في مصر القديمة إلا عن طريق الوصية وكحق انتفاع فقط، وهو الحال بذاته في بلاد العراق القديمة، بل التشريع اليوناني ليمنع الزوجة من الميراث إذا توفي زوجها وقد رفعت عليه دعوى تطليق وإن لم يفصل فيها .

ثانياً : { ميراث أحد الزوجين جميع التركة } فقد قال بعض فقهاء الإسلام ويرد الباقي من الميراث على المنفرد بالتركة من الزوجين، وتابعه القانون المصري في ذلك، وكافة قوانين الدول العربية، وكذلك قانون الموارث اليوناني والإنجليزي وهو رأى بعض الفقهاء، بخصوص شريعة اليهود، وعليه العمل في شريعة الأقباط الأرثوذكس في مصر والروم

388

الأرثوذكسى، بينما اتجه الشيعة من الفقه الإسلامى إلى إعطاء هذه المكنة للزوج [الرجل] وحده ولم يعطها للزوجة بينما كان في الأنظمة القديمة من جعل هذا الحق متوقفاً على وصية من الباقي من الزوجين على قيد الحياة كما في مصر القديمة وبلاد العراق، وقد رفض جمهور فقهاء الإسلام الرد على كلا الزوجين عند انفراد أحدهما بالتركة .

ثالثاً : ((استحقاق الباقي من الزوجين لنصف التركة)) وهو نصيب الزوج [الرجل] من تركة زوجته إن لم يكن لها ولد في الفقه الإسلامى وهو المعول عليه في القانون المصري، والقوانين العربية، وأن شريعة الأقباط والروم الأرثوذكس في مصر تسوى بين الرجل والمرأة في ميراث نصف التركة، وكذلك القانون الإنجليزي ما لم تكن هناك وصية ومع وجود أبناء للمتوفى وكذلك القانون الإيطالي، والوضع في الفقه الإسلامى مبر على أساس أن الزوج هو الملمز وحده بالإنفاق على الزوجة وهو التزام تبادلى في غير الإسلام، والزوج ملزم بالمهر للزوجة ولا يوجد إلزام بذلك في غير الإسلام، كما أن المرأة قد تتساوى مع الرجل في الميراث أو تزيد عليه في مواضع أخرى .

رابعاً : ((استحقاق أحد الزوجين لربع التركة)) فقد أعطى الشرع الإسلامى الحق للزوج في ميراث ربع تركة الزوجة إذا كان لها أولاد وأعطاهما ذات الحق إذا لم يكن للزوج ولد وهو ما أخذ به القانون المصرى وهو ذات ما أخذ به القانون الإيراني غير أنه لا يُورث المرأة إلا من المنقولات، والذمة النقدية، وعند الروم والأقباط الأرثوذكس في مصر يستحق كلا الزوجين ربع التركة إذا كان للمتوفى ثلاثة أولاد، وفي القانون اليوناني الزوج أو الزوجة يستحق الباقي منهما على قيد الحياة ربع التركة مع وجود أبناء للمتوفى، وقد كان الوضع في الشرع الإسلامى مبرراً بذات المبررات

389

الفرع الأول

الشروط العامة للتوارث

اتفقت أغلب الشرائع على اعتبار ثلاثة شروط عامة فى كل ميراث

وهى موت المورث، وحياة الوارث، ووجود قرابة تجمع بينهما .

الشروط الأول : موت المورث :

لا يمكن بمقتضى العقل والعرف أن يرث زوج من زوجته أو زوجة

من زوجها وهو أو هى على قيد الحياة، ففند فقهاء الإسلام : لا يمكن تقسيم التركة حتى يموت المورث فعلاً، أو حكماً وهو الذى لا تعلم حياته ولا موته ويحكم القاضى باعتباره ميتاً وهو المفقود، ويطل البيعُ هذا الاشتراط بقوله : لأن الإنسان ما دام حياً فهو قادر على التصرف فى ماله، ويظل ملكه ثابتاً لا يزول عنه فلا يخلفه غيره فى التصرف إلا إذا مات فينتقل ملكه إلى ورثته⁽¹⁾ وهو ما أخذ به القانون المصرى فى مادته الأولى بقولها : " يستحق الإرث بموت المورث أو باعتباره ميتاً بحكم القاضى .⁽²⁾ وكذا الحال عند الأقباط الأرثوذكس وذلك بمقتضى المادة 172 . أولاً موت المورث حقيقة أو حكماً لمن حكم بموته لغيبه غيبة منقطعة⁽³⁾

(1) / محمد حسين قنديل - دراسات مقارنة فى الرهن والشفعة والميراث 1428هـ - / 1429هـ - 2007 / 2008م ص442، وانظر الشيخ/ أبو زهرة - أحكام التركات والمواريث - ص96 وما بعدها، أبو بكر الجزائرى منهاج المسلم - دار الكتب السلفية - ص432 .

(2) القانون رقم 77 لسنة 1943م . انظر الوقائع المصرية 12 / 8 / 1943م - العدد 92 (1) / كامل عثمان - المرشد - ط 1 - 1958م - ص49

السابقة ويضاف إليها أن الإسلام راعى حال الأولاد عند وفاة الأب الزوج فجعل الزوجة لا ترث الربع مع وجودهم رعاية لهم .

خامساً : ((استحقاق أى نصيب غير ما سبق)) فالثمن هو نصيب الزوجة متى كان معها أولاد للمتوفى فى الإسلام وهو المعمول به فى القانون المصرى وسوى الروم والأقباط الأرثوذكس بين الزوج والزوجة فى استحقاق الثمن عند وجود أولاد للمتوفى وكذلك السريان والأرثوذكس، وبذات الوضع فى التشريع الإيطالى إلا أن النصيب يكون الثلث للزوج الباقي على قيد الحياة

سادساً : " عدم استحقاق أحد الزوجين لشيء من الميراث " مرت على المرأة فترات تاريخية لم يكن لها نصيب فى الميراث فلم ترث فى مصر القديمة إلا فى الأسرة الخامسة، كذلك العراق القديمة، وقد تباينت فى شأنها أقوال الفقهاء فى شريعة اليهود، والقتل العمد مانع من الميراث فى الشرع الإسلامى وقد اختلف الفقهاء فى توصيف القتل المانع من الميراث، واعتد القانون المصرى بالقتل كمانع من الميراث وكذلك الشرائع الملية فى مصر .

المطلب الثانى

شروط استحقاق الميراث بالزواج

هناك شروط وضعتها الشرائع المختلفة، بها يستحق الشخص ميراثاً فى تركة المتوفى، وهذه الشروط بعضها عام فى كل ميراث، وبعضها خاص بالميراث بالأنكحة، لذا أقسم هذا المطلب إلى فرعين : الأول منهما يكون عن شروط الميراث العامة، والثانى عن الشروط الخاصة بالأنكحة وذلك على النحو التالى :-

وعند الروم الأرثوذكس جاءت المادة 64 لتقول : " حق الإرث لا يكون إلا لمن وجد في طبقات الوارثين حياً حساً أو حكماً بعد وفاة المورث⁽¹⁾

وفي القانون الإيطالي تقضى المادة 456 بقولها : تفتح التركة عند الوفاة في محل الإقامة الأخير للمتوفى " وكذا المادة 459 التى تقول :
يكسب الإرث منذ الوقت الذى تفتح فيه التركة " (2)

وفي القانون الإنجليزي وإن لم تصرح به النصوص إلا أنه يفهم من السياق ومن العبارات التى جاءت على نحو ما فى المادة 1 بقولها : " الأموال التى يمتلكها الشخص المتوفى وقت وفاته ... تؤول بعد وفاته للفرع الوارث للمتوفى والمادة 2 " ورثة المتوفى " المادة 3 " يعتبر الورثة خلفاً خاصاً للمورث المتوفى وذلك فيما يتعلق بحقوقه المالية التى يطالب بها عند وفاته ... " (3) والواقع أن هذا الشرط كان فى النظم القديمة أيضاً فيقول البعض : كانت التركة تفتح بحدوث الموت الطبيعى للمورث " (4) وفى الحقيقة أن اشتراط وفاة المورث حتى يتسنى للورثة الحصول على أنصبتهم فى تركته، لها ما يبررها، ومنها عدم تجريد الإنسان من أحواله فى حياته حتى يصير كالمحجور عليه . وقد تواترت النظم على تكرس هذا الشرط حتى جاءت القاعدة التى تقول : بطلان التصرف فى تركة إنسان على قيد الحياة .

(1) كامل عثمان - المرشد - ص 84

(2) انظر التشريع الإيطالى لأحوال الشخصية رقم 262 بتاريخ 16 / 3 / 1942 م .

(3) انظر قانون إدارة الشركات الصادر فى 1925 م

(4) عبد المجيد محمد الحفاوى - تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية - 1993 م

وهذا المبدأ كرسه محكمة النقض فى قضائها فتقول : " نص قانون الموارث رقم 77 لسنة 1943 م على أنه " يستحق الإرث بموت المورث أو باعتباره ميتاً بحكم القاضى " ولما كان ذلك وكان الإرث وفق المادة الأولى من قانون الموارث المشار إليه يستحق بموت المورث أو باعتباره ميتاً بحكم القاضى " ومن ثم فإن دعوى الإرث وتقسيم التركة لا يكون لها محلاً إلا بتقديم إعلام الورثة الذى يفيد موت المورث وحياة الورثة ونصيب كل وارث . (1)

الشرط الثانى : حياة الوارث : فكما كان موت المورث شرطاً لاستحقاق الميراث فكذلك حياة الوارث

وتقوم الشرائع على تطلب هذا الشرط .

ففى الفقه الإسلامى : يشترط تحقق حياة الوارث حقيقة أو حكماً كالحمل، ويشترط فى الحمل أن يولد حياً وأن يثبت أن الأم كانت حاملاً به وقت وفاة المورث، فإن ولد ميتاً لم يرث (2) وهو ما أخذ به القانون المصرى فى مادته الثالثة بقولها : " يجب لاستحقاق الإرث ثانياً : تحقق حياة الوارث وقت موت المورث أو وقت الحكم باعتباره ميتاً " (3) وعند الأقباط الأرثوذكس تقضى المادة 172 : أولاً ثانياً : تحقق حياة الوارث بعد موت المورث أو إلحاقه بالأحياء تقديراً كالجنيين بشرط أن يولد

(1) انظر حكم محكمة النقض الصادر من الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية والأحوال

الشخصية بجلسة 12/25/1995 م فى الطعن رقم 36 لسنة 61 قضائية . المستشار /

حسن منصور - المحيط فى شرح مسائل الأحوال الشخصية - أحكام ومبادئ النقض

- دار الجامعة الجديدة 1997 م - ص 142 .

(2) الشيخ أبو زهرة - أحكام التركات والموارث - ص 96، 100 وما بعدها ، د/محمد

حسين قنديل - دراسات فى الرهن والشفعة والميراث - ص 443

(3) القانون رقم 77 لسنة 1943 م

الفرع الثاني

شروط الزواج الذي يصلح سبباً للميراث :

لما كان النكاح سبباً من أهم أسباب التوارث بين الزوجين كانت شروط هذا النكاح الذي يصلح سبباً للتوارث من الأهمية بمكان، لذا أعرض لهذه الشروط على النحو التالي :-

لقد أخذت هذه الشروط أشكالاً متعددة في التاريخ الإنساني ؛ ففي مصر القديمة كان الزوج يوصى لزوجته بجزء أو بكل التركة بشرط أن تنقل هذه الأموال إلى أولادها بعد وفاته، وبعد الأسرة الخامسة أصبحت الزوجة ضمن الوارثين، وعند وفاة أحد الزوجين كانت منفعة أموال الزوج المتوفى تنتقل للزوج الباقي على قيد الحياة، وذلك طيلة حياته، فكان ينقل إلى الزوجة ثلثا الأموال المشتركة وينتقل إلى الزوج الثلث وهو نصيب الزوجة⁽¹⁾ وفي العراق القديمة كان يشترط على الأرملة البقاء في منزل الزوجية والتعيش مما تدره أموال المعطية، فإذا لم يكن زوجها قد قرر لها هذه المعطية فإنها كانت تترث مثل نصيب أحد الأبناء، وليس لها منها إلا الانتفاع ليعود بعد وفاتها إلى الأولاد⁽²⁾ فكانت الشروط تتمثل في الإقامة في منزل الزوجية، وفي شرط المنع من التصرف، وفي شريعة اليهود ذكر بعض الفقهاء أنها لا تترث إلا عند عدم وجود الأولاد "الزوجة"⁽³⁾

- (1) / أحمد إبراهيم - فلسفة وتاريخ النظم الاجتماعية والقانونية - 2003م - ص 497 .
 (2) / محمود السقا - فلسفة وتاريخ - دار الفكر العربي - 1978م - ص 404، 405 -
 د / أحمد إبراهيم حسن - فلسفة ... - ص 506، 507 .
 (3) / صوفي أبو طالب - تاريخ النظم القانونية - دار النهضة العربية 1976م - ص 281، د / أحمد إبراهيم حسن - فلسفة وتاريخ النظم - ص 508 .

حيأ⁽¹⁾ وهذا الشرط ذاته عند الروم الأرثوذكس م 46⁽²⁾، وفي القانون الإيطالي تقضى المادة 461 بأن " يكون له الأهلية القانونية في اكتساب الإرث من يولد وقت افتتاح التركة أو من يولد بعد افتتاح التركة بمدة لا تزيد عن ثلاثمائة يوم من تاريخ وفاة المورث⁽³⁾ . وفي القانون الإنجليزي : وإن لم ينص صراحة على الشرط المائل إلا أن هذا يفهم ضمناً من مثل " فإن تركته تؤول جميعها إلى الزوج الذي أو الزوجة التي على قيد الحياة "⁽⁴⁾ ومن الواضح أن هذا الشرط تمليه وتقرضه قواعد العدالة والواقعية .

الشرط الثالث : وجود صلة قرابة تجمع بين الوراث والمورث :

وهذه الصلة التي تجمع بين المورث والوارث لها جهات ثلاث : النكاح، والقرابة، والولاء، ويتفاوت الميراث بحسب درجة القرابة⁽⁵⁾ وقد نص عليه قانون الموارث المصري في مادته السابعة⁽⁶⁾ وعند الأقباط الأرثوذكس في مصر أسباب الإرث هي الزوجية والقرابة الطبيعية⁽⁷⁾ وكذلك عند الروم الأرثوذكس وفي الشرائع الغربية⁽⁸⁾ وذلك بخلاف الميراث الإيصائي أو الوصية التي قد تكون لغير الأقرباء .

- (1) / كامل عثمان - المرشد - ص 49
 (2) / كامل عثمان - المرشد - ص 84، 85 .
 (3) / التشريع الإيطالي للأحوال الشخصية رقم 262 بتاريخ 16 / 3 / 1942م
 (4) / قانون إدارة التركات الصادر في 1925م .
 (5) / محمد حسين قنديل - دراسات في الرهن والشفعة ... - ص 443
 (6) / القانون رقم 77 لسنة 1943م
 (7) / كامل عثمان - المرشد - ط 1 - ص 85
 (8) / القانون الإنجليزي في 1 / 2، القانون الإيطالي في المادة 536 .

أما شرط الصحة في حق غير المسلمين في الفقه الإسلامي : " صحة الزواج "

بداية أقول : إن الفقهاء قد اتفقوا على الأمور الآتية في حق غير المسلمين في شأن توارثهم بالأنكحة من حيث الصحة أو عدمها :-

أولاً :- إن غير المسلمين في التوارث بالأنكحة ما لم يسلموا أو يتداعوا إلى القاضى المسلم، أنهم كما يعتقدون ولا شأن لنا بهم في مواردتهم بالأنكحة الصحيح منها وغير الصحيح وذلك لأننا أمرنا بتركهم وما يدينون، وهذا من مقتضاه .

ثانياً : إن غير المسلمين في التوارث بالأنكحة إن أسلموا يخضعون لأحكام الإسلام على قدم المساواة، ومن ثم يشترط في أنكحتهم ما يشترط في حق المسلمين تماماً وبلا خلاف بين الفقهاء .

ثالثاً : إن غير المسلمين إذا كانت أنكحتهم صحيحة أو باطلة، فهم يرثون من أولادهم من هذا النكاح ويرثهم الأولاد، ويرث الأولاد بعضهم بعضاً، بصرف النظر عن صحة أو عدم صحة هذه الأنكحة في مفهوم الإسلام وذلك مادام أنها قد صحت لديهم .

رابعاً : إن غير المسلمين لا يرث الزوج من الزوجة ولا الزوجة من الزوج بالأنكحة الباطلة وهى التى لا تصلح ابتداء ولا بقاء لفساد المحل، وهى باطلة بأصلها ووصفها، وذلك كالزواج بين المحارم، أو بين جنسين متحدين رجل ورجل أو امرأة وامرأة وهو ما يعرف حديثاً باسم زواج المثليين، ولا أعلم خلافاً في عدم التوارث بالأنكحة الباطلة إلا خلاف ابن سريج من الشيعة حيث قال : والزوجة في هذه الأنكحة تراث بالزوجية لأنها أثبت من

ويمكن القول بأن شروط التوارث بالزواج تتمثل في شرطين اثنين أولهما صحة الزواج، والثاني وفاة أحد الزوجين عن زوجية قائمة .

الفصل الأول

صحة الزواج كشرط لاستحقاق الميراث بالزوجية

فى الفقه الإسلامى : فرق الفقهاء فى شأن صحة الزواج بين

المسلمين وغير المسلمين .

فقى حق المسلمين يشترط صحة الزواج كى يحصل الزوج أو الزوجة على ميراثه الشرعى من الزوج المتوفى ⁽¹⁾ ولا يشترط مع صحة العقد شيء آخر ؛ فكل الزوجين يستحق الميراث عند الوفاة سواء حدث دخول أو لم يحدث وإذا كان الزواج فاسداً أو باطلاً فلا يثبت به التوارث بين الزوجين عند وفاة أحدهما . (2)

(1) وقد سبق الحديث فى التمهيد من هذه الرسالة عن الزواج الصحيح وآثاره فيقال إليه منعاً للتكرار .

(2) لمزيد من التفصيل - القاضى رشيد بن محمد بن سليمان القيسى - الهدية فى شرح الرحبة فى علم المواريث - دار العاصمة - ص25، الشيخ أبو زهرة - الميراث عند الجعفرية - دار الفكر العربى - ص87، الشيخ/ محمد الشماخ - المفيد من الأبحاث فى أحكام الزواج والطلاق والميراث - دار القلم - دمشق - الدار الشامية - بيروت ص199، السيد عثمان بن حسين المالكي - سراج السالك شرح أسهل المسالك - المكتبة التوفيقية - بيروت ج1 - ص237، الشيخ/ محمد حسنين مخلوف - المواريث فى الشريعة الإسلامية - إصدار المجلس الأعلى للشئون الإسلامية - ص48، د/ ياسين أحمد إبراهيم - الميراث فى الشريعة الإسلامية - ط3 - 1407هـ / 1986م مؤسسة الرسالة - بيروت - ص114، الشيخ/ أبو زهرة - عقد الزواج وآثاره - دار الفكر العربى - ص218، 219 .

الأجنبية على سبيل المثال، وهذا كمن تزوج منهم من أخته فهي زوجة وأخت والأخت قد تحجب عن الميراث أما الزوجة فإنها لا تحجب أبداً⁽¹⁾.

(1) وهذه خلاصة ما وجدته في كتب الفقه الإسلامي . انظر في الفقه الحنفي - السرخسي - المبسوط - ج 29 - ص 30 وما بعدها، والقادوري - تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق طبع على نفقة قارئ محمد اسماعيل - ج 8 - ص 500 وما بعدها - الموصلي - الاختيار لتعليل المختار بتحقيق محمد محي الدين عبد الحميد - مكتبة محمد علي صبيح - ج 5 - ص 161 وما بعدها، الإمام أبي الخطاب نجم الدين محفوظ الكلوذاني - التهذيب في الفرائض - تحقيق : محمد حسن إسماعيل - دار الكتب العلمية - بيروت - ص 217 وما بعدها . وفي الفقه المالكي : - أبي عمر القرطبي - الكافي - دار الكتب العلمية - بيروت - ص 558 وما بعدها . وفي الفقه الشافعي : - الأم - كتاب الشعب - ج 3 - ص 12 وما بعدها، الشيخ/ الفيروزبادي - المذهب في فقه مذهب الشافعي رحمه الله - عيسى البابي الحلبي - مصر - ج 1 - ص 24، الماوردي - الحاوي الكبير - تحقيق : محمود مسطر جي وأخرون - دار الفكر - ج 10 - ص 360 وما بعدها، ابن شهاب الرملی - نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج - مصطفى البابي الحلبي - مصر - ج 5 - ص 27 وما بعدها، أبي يحيى زكريا الأنصاري - أسنى المطالب شرح روض الطالب - المكتبة الإسلامية - ج 3 - ص 15 وما بعدها، وفي الفقه الحنبلي : البهوتي - الروض المربع - عالم الكتب بيروت - ص 333 وما بعدها، شرح منتهى الأرادات - دار الفكر العربي - ج 2 ص 615 وما بعدها، الشوكي - التوضيح في الجمع بين المقنع والتتقيع - ناصر الدين عبد العزيز الميمان - المكتبة المكية - ط 1 - 1418 هـ / 1997 م - ج 2 - ص 909 وما بعدها، د/ محمد سليمان الأشقر المجلی في الفقه الحنبلي - دار القلم - دمشق 1419 هـ / 1998 م - ط 1 - ج 2 - ص 576، المرادوي - الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل - تصحيح محمد حامد الفقي - دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان - ط 1 - ص 348 وما بعدها . وفي الفقه الشيعي : - المرتضى - البحر الزخار - دار الكتاب الإسلامي - ج 5 - ص 366 وما بعدها، الإمام أبي جعفر محمد بن علي الحسين القمي - من لا

ولقد وجد من بعض الكتاب المحدثين⁽¹⁾ من ينسب إلى الفقهاء القدامى القول بتوريث غير المسلمين من هذه الأنكحة الباطلة وخاصة الحنفية حيث يقول الكاتب : (2) " والنصوص عليه في الفقه الحنفي : أن فساد عقد زواج غير المسلمين إما أن يكون بسبب تخلف شرط من شروط صحته ابتداء لا بقاء كالأزواج بغير شهود ... وإما أن يكون بسبب تخلف شروط صحته ابتداء وبقاء كما في زواج المحارم .. فإن كان بسبب الفساد من الحالة الأولى، فإن التوارث يثبت إذا توافر لنا قبل إسلامهما بلا خلاف بين فقهاء المذهب الحنفي .. أما إذا كان سبب الفساد هو تخلف شرط من شروط الصحة ابتداء وبقاء ففي التوارث به رأيان :-

الأول : أنه لا يثبت به التوارث بينهما متى توافروا إلينا قبل إسلامهما أو أحدهما لأنهما لا يقران على هذا الزواج ... والثاني : أنه يثبت به التوارث بينهما - فإذا تخاصموا إلينا في التوارث حكم به ... ثم يرجح الكاتب الرأي الثاني .

ولكن قد بدا لي أن الأمر فيه خلط بين النكاح الباطل الذي سبق بيانه وبين النكاح الذي اقترن به مُفسدٌ في ابتدائه هذا أولاً، ثم إنه من جهة أخرى فإن الفقيه المشار إليه لدى الكاتب هو ابن عابدين الحنفي،

بحضره الفقيه تصحيح الشيخ/ حسين الأعلمي - مؤسسة الأعلمي - بيروت - ج 4 - ص 252 وما بعدها .

(1) أحمد فراج حسين - أحكام التركات والموارث .. - ص 122، د/ بدران أبو العنين - أحكام التركات ص 127، وقد سار على ذات النهج د/ أحمد سلامة - الوجيز في الأحوال الشخصية للوطنيين غير المسلمين ط 1 - 1970 م - دار النهضة العربية - ص 294، وأشار إلى تأييد الشيخ/ عبد الوهاب خلاص، والشيخ/ أبو زهرة (2) المراجع المشار إليها في الهامش السابق

اختلف الفقهاء فى توارث غير المسلمين بالأنكحة التى لحقها فساد عند انعقادها كمن تزوج بدون شهود أو ولى أو فى عدة الزوجة من زواج سابق، وقد كانت أقوال الفقهاء فيها على ثلاثة أقوال :-

القول الأول :- وهو لزفر من الحنفية (1) وهو يشبه قول المالكية (2) ويوافقه سكووت الشافعية (3) فيقول زفر : " لا توارث بهذه الأنكحة لعدم صحتها ابتداء ولا يمكن لغير الصحيح أن يصبح صحيحاً، ومن ثم لا يترتب عليها أثر من الميراث .

ويمكن الرد عليهم بأن الزواج غير الصحيح قد يترتب عليه بعض آثار الزواج الصحيح كالإحصان، والنفقة، وثبوت النسب، كما أن الاعتراف لهم بآثار هذه الأنكحة لا يمثل خرقاً للقيم الإنسانية العامة التى تحافظ الشريعة الإسلامية عليها بالنسبة لجميع البشر، كمنع زواج المحارم كما سبق بيان ذلك .

القول الثانى :- وهو لأبى يوسف القاضى ومحمد بن الحسن الشيبانى " صاحبى أبى حنيفة " (4) حيث فرقاً بين صورتين من صور فساد أنكحة غير المسلمين فالأولى تتمثل فى النكاح الذى وقع عندهم بلا شهود، فهذا عندهما يتوارث به، والثانية وهى النكاح الذى وقع فى عدة الزوجة من زواج سابق حيث لا توارث به .

(1) تكملة البحر الرائق - ج 8 - ص 501

(2) الكافى فى فقه أهل المدينة - ص 558

(3) المهذب فى فقه الشافعى - ج 1 - ص 24 وما بعدها، وإن لم يصرح عندهم بهذا إلا أنه موافق لمذهبهم فى عدم صحة هذه الأنكحة

(4) تكملة البحر الرائق - ج 8 - ص 501 .

وهذا الفقيه ذاته قد رجح عدم توريث غير المسلمين بالأنكحة المحرمة هذه، ثم إنه قد ورد فى الفقه الحنفى تأييد لهذا، فيقول البعض (1) : " وانتق عامة العلماء على أنهم لا يورثون المجوس وسائر أهل الذمة بنكاح ذوى المحارم سواء كان من نسب أو رضاع إلا ما حكى عن على - كرم الله وجهه - أنه ورث المجوس بنكاح ذوى المحارم وأشار إلى كشف القناع (2) وبرجوعى إلى المرجع المذكور تبين لى عدم وجود الأثر المشار إليه والنسب للإمام على - كرم الله وجهه - فى هذا الموضع، ثم إنى قد عثرت عليه فى بعض كتب الشيعة (3) ففى البند رقم 5745 قال : وفى رواية السكونى " أن علياً كان يورث المجوسى إذا تزوج بأمة أو بأخته أو بابنته من وجهين الأول أنها أم أو أخت أو بنت، والثانى أنها زوجة ثم قال المصنف ولا أفتى بما ينفرد السكونى بروايته . وبعد فهذه رواية قد تبرا منها أصحابها ولا حجة فيها .

وفى النهاية : إن فيما قال به الجمهور من منع توريث غير المسلمين عند التداعى أمام القاضى المسلم بالأنكحة الباطلة ما يتفق ومنطق الفطرة السوية التى تنأى بالإنسانية أن تتردى إلى عالم الحيوان، فمنع توريثهم بهذه الأنكحة ومن باب أولى إبطالها إنما هو تلبية لنداء الفطرة السليمة، ومنطق العقل الرشيد حتى لا تتخذ الأم أو البنت أو الأخت زوجة، وهذا قاسم مشترك عند ذوى الألباب .

وهذه الأمور الأربعة هى ما اتفق عليه الفقهاء أما ما اختلفوا فيه فهو

فيما يلى :-

(1) أبو الخطاب نجم الدين محفوظ الكلودانى - التهذيب فى الفرائض - ص 217 .

(2) كشف القناع للبهوتى - ج 4 - ص 479

(3) أبو جعفر القمى - من لا يحضره الفقيه - ج 4 - ص 252 .

واضح من العرض السابق لا يعترفون بكثير من هذا الزيجات ولا يقومون
لآثارها وزناً كالزواج بالأمهات حفاظاً على الإنسانية .

أما عن شروط صحة الزواج لدى أصحاب الشرائع المالية في مصر

فيمكن إجمال هذه الشروط في أربعة وهى :- التراضى بين
الزوجين، وعدم وجود موانع، ومراعاة الشكل الدينى فى الانعقاد، ثم
مراعاة العلانية فى إتمام الزواج ⁽¹⁾ فإذا انعقد صحيحاً على هذا النحو
كان جديراً بترتيب الميراث عليه عند وفاة أحد الزوجين، وفى قانون
الأحوال الشخصية السوري تقضى المادة 49 منه بأن " الزواج الصحيح
النافذ تترتب عليه جميع آثاره من الحقوق الزوجية كالمهر ونفقة الزوجة
وتوارث الزوجين " ⁽²⁾ وفى القانون اليوغسلافى يشترط فى الزواج حتى
يكون صحيحاً التراضى وعدم عقد زواج ثان، وعدم وجود موانع واختلاف
الجنس بين الزوجين " ⁽³⁾ وفى القانون الفرنسى يشترط فى الزواج
الصحيح اختلاف الجنس وبلوغ سن معينة ووجود التراضى، ورضاء أسرة
كل منهما، وعدم وجود موانع الزواج التى يحددها القانون . ⁽⁴⁾

(1) انظر بالتفصيل : / محمد محمود نمر - / ألفى بقطر حبشى - الأحوال الشخصية
للطوائف غير الإسلامية من المصريين فى الشريعتين المسيحية والموسوية مطابع دار
النشر للجامعات المصرية - ط 1 - 1957م - ص 246 .

(2) مصطفى السباعى - شرح قانون الأحوال الشخصية - المكتب الإسلامى - ج 1 -
ص 178، 179

(3) انظر قانون تأسيسى للزواج رقم 181 بلفراد - الجريدة الرسمية رقم 29 الثلاثاء 9
أبريل سنة 1946م . انظر / كامل عثمان - الأحوال الشخصية للأجانب والمصريين
- الكتاب الأول - مطبعة الفجالة - مصر - ط 1 - 1953م - ص 394، 395 .

(4) انظر بالتفصيل فى شرح ما سبق د/ حسن الأشمونى، محمد عبد الكريم - مرجع
القضاء فى تشريعات الأحوال الشخصية للأجانب - الكتاب الأول التشريع الفرنسى =

ويمكن الرد عليهم بأنه لا سند لكم فى هذه التفرقة ولا وجه لها .
فما وجه التمييز بين نكاح فاسد لوقوعه فى عدة الزوجة من زواج سابق،
وزواج فاسد لتخلف شرط الإثبات .

القول الثالث :- وهو للإمام أبى حنيفة ⁽¹⁾ والحنابلة ⁽²⁾

وقد قالوا : بأن غير المسلمين يتوارثون بالأنكحة التى يقرون عليها
إذا أسلموا أو ترفعوا إلى القاضى المسلم، فلو فرض أن زوجين من غير
المسلمين كان قد تم زواجهما بغير شهود أو فى عدة الزوجة من زواج
سابق، أو بدون وكلى، وانتهت العدة قبل الإسلام فإن فقه هذا القول، أنهم
يقرون على هذه الأنكحة، وعليه فإنهم يتوارثون بها متى تحاكما إلى
القاضى المسلم وهم على دينهم .

وهذا القول الأخير هو الراجح فى هذا الموضوع وذلك لموافقته روح
الشريعة الإسلامية التى تحافظ على القواسم المشتركة للإنسانية مع غير
المسلمين، ولا تعباً بما لا يمس هذه المعانى الإنسانية من الفروع، وإلا فالقول
بغير ذلك يعنى أن جميع الناس مسلمون ويخضعون لأحكام الشريعة، وقد
سبق القول من الحكيم العليم أنه " لا إكراه فى الدين " ⁽³⁾ ولا يصح
التعطيل هنا باعتماد ما يعتقدون بإباحته كما فى الخمر والخنزير حتى
ضمن الفقهاء المسلم الذى يتلف أياً منهما ذلك أن الفقهاء على نحو ما هو

(1) تكلمة البحر الرائق - ج 8 - ص 501 .

(2) البهوتى - شرح منتهى الإرادات - ج 2 - ص 627 .

(3) سورة البقرة - جزء الآية 256، ويمكننى القول بأن هذه القواسم المشتركة للإنسانية
هى كل ما يحافظ على الإنسان باعتباره إنساناً بغض النظر عن عقيدته الدينية، فما
خالف سلوك الإنسان بطل حكمه وأثره فى الإسلام حتى ولو صدر من غير المسلمين
وكان موافقاً لمعتقدهم، وذلك كزواج المثليين

شروط صحة الزواج - في القانون المصري - الذي يصلح التوارث به. كما هو معلوم أن مصر دولة تتعدد فيها الشرائع حيث يوجد إلى جوار الأغلبية المسلمة أقلية من أصحاب الشرائع المالية، ولعرفة الوضع بالنسبة للشرط المائل في القانون المصري يلزم التعرض لثلاثة أمور بشأنها كالآتي :-

أولاً:- القاعدة العامة في تعيين صفة الوارث من الزوجين وتحديده نصيبه وانتقال أموال التركة إليه .

وَحَدَّ المَقْنَنُ المِصْرِيَّ الاختصاص القانوني بحكم مسائل الموارث بالنسبة لجميع المصريين مسلمين وغير مسلمين وذلك عند صدور القانون المدني في عام 1948م حيث نصت المادة 1/875 على أن "تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الإرث وانتقال أموال التركة تسرى في شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها" كذا تقض المادة 1 من القانون رقم 25 لسنة 1944م بأن قوانين الميراث والوصية وأحكام الشريعة الإسلامية فيها هي قانون البلد فيما يتعلق بالموارث والوصايا .. وكذا ما جاء بالمادة الثالثة من القانون رقم 1 لسنة 2000م والتي تنص على أن "تصدر الأحكام في المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية والوقف المعمول بها، ويعمل فيما لم يرد بشأنه نص في تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة ... وأيضاً في المواد الأولى من القانون رقم 77 لسنة 1943م بشأن الموارث بقولها : "يعمل في المسائل والمنازعات المتعلقة بالموارث الأحكام المرافقة لهذا القانون"

= في الأشخاص - القاهرة - دار النشر للجامعات المصرية - ص66 وما بعدها،
د/ عبد الفتاح عبد الباقي - الزواج - قيلمه آثاره انقضاؤه في القانون الفرنسي، مطبعة نهضة مصر سنة 1965م - ص29 وما بعدها .

وقد أعمل القضاء هذه القاعدة فمن هذا القبيل قضاء محكمة النقض المصرية بأنه "يدل النص في الفقرة الأولى من المادة 875 مدني والمادتين الأولى والرابعة من قانون الموارث رقم 77 لسنة 1943م على أن الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها هي الواجبة التطبيق في مسائل الموارث المتعلقة بالمصريين مسلمين وغير مسلمين، داخلاً في نطاقها تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الإرث وانتقال التركة إليهم" (1)

وبستخلص من مجموع النصوص السابقة ومن قضاء محكمة النقض

عدة نتائج وهي :-

(1) أن تحديد نصيب كل وارث، وكيفية انتقال أموال التركة إليه تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية سواء كان الورثة مسلمين أو غير مسلمين اتحدت مللهم أو اختلفت .

(2) أن تحديد الوارث وغير الوارث ممن خلفهم المورث يخضع للشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في إطارها، وذلك سواء كان الورثة مسلمين أو غير مسلمين متحدى الملة والطائفة أو مختلفين وهذا باعتبار قواعد الشريعة الإسلامية العامة التي يخضع لها المسلمون وغير المسلمين، فعلى سبيل المثال لو مات شخص وترك زوجة وابناً، وبناتاً، وعماً، وخالاً فالشريعة الإسلامية تحدد الورثة هنا بأنهم

(1) المادتين رقم 138 لسنة 62 قضائية أحوال شخصية جلسة 11 / 3 / 1996م، وانظر الطعن رقم 364 لسنة 63 قضائية أحوال شخصية - جلسة 25 / 5 / 1998م - م/ من منصور - المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية - دار الجامعة الجديدة 1997م - ص147، / محمد أحمد يوسف - موسوعة المرجع القانوني - أحدث أحكام النقض - ص339

الشرعية العامة فيما يتعلق بطبيعة زواج المسيحي التي تختلف عن زواج المسلم، إذا تعارضت مع إحدى المبادئ المتصلة بجوهر العقيدة الدينية والتي تعد مخالفة المسيحي لها مروقاً عن ديانته وانحرافاً عن عقيدته وخرقاً لمسيحيته . مادام لا تتطوى مبادئ الشرعية الخاصة على ما يتجافى وقواعد النظام العام، ومن قبيل المبادئ التي لا تتعارض وقواعد النظام العام في مصر وتعتبر من الأصول الأساسية في الديانة المسيحية خاصة الأرثوذكس اعتبار الزواج من المقدسات وأنه سر من أسرار الكنيسة "

وإن كان الحكم المائل قد بنى على تطبيق الشرعية الإسلامية عند تخلف شروط تطبيق الشرائع المالية لاختلاف شريعة الزوجين روم أرثوذكس مع أقباط أرثوذكس إلا أنه يصلح سندا لما أقول لأن الموارث من الأمور التي تخضع لأحكام الشرعية الإسلامية . وتطبيقاً لما سبق فإن طائفة السريان الأرثوذكس تحرم زواج المطلقة والزواج ببنات العم والعمة والخالة ونسلبهم إلى الدرجة الخامسة، فلو فرضنا أن زواجاً تم بالمخالفة لهذه الموانع، فإنه وبالتطبيق على ما سبق لا ميراث للزوجين من هذه الأنكحة حتى ولو تمت صحيحة فيما عدا هذه المحاذير المشار إليها لأن العبرة في وصف الوارث بأنه زوج إنما يكون بالتطبيق لأحكام الشرائع المالية .

ثانياً : الاستثناء من القاعدة السابقة .

استثنى المقتن المصرى من القاعدة السابقة حالة أجاز فيها التوارث طبقاً للشرائع المالية، وهي الحالة المنصوص عليها في القانون رقم 25 لسنة 1944م وفي مادته الأولى والتي تنص على أن : " قوانين الميراث ... وأحكام الشرعية الإسلامية فيها .. على أنه إذا كان المورث غير مسلم جاز لورثته في حكم الشرعية الإسلامية، وقوانين الميراث .. أن يتفقوا على أن يكون

الزوجة والابن والبنات، أما العم والخال فلا يرثان في هذا المثال، وذلك في حق المسلمين وغير المسلمين سواء .

(3) أن التحديد الوصفي عند تعيين الورثة غير المسلمين سواء اتحدت ملهم أو اختلفت تخضع لهذه الشرائع المالية، ويعد هذا تطبيقاً للقواعد الوضعية في الفقه الإسلامي مع غير المسلمين في تنظيم أحوالهم الشخصية وإيضاح هذه القاعدة أقول : لو مات شخص من غير المسلمين وترك زوجة وأولاداً، وبنات وأماً فإن تحديد وصف الزوجة بالزوجية يخضع لشروط صحة الزواج عند غير المسلمين، وكذا في حق باقى الورثة، وهذا الأمر هو تطبيق لما سبق عرضه من موقف الفقه الإسلامي فإنه يشترط أيضاً ألا يكون هذا الزواج عند غير المسلمين باطلاً بأصله ووصفه، وهذا ما يتدخل قيد النظام العام لمنع التوريث به عند تحققه وهذا ما نصت عليه المادة 3 من القانون رقم 1 لسنة 2000م بالقول : " طبقاً لشريعتهم فيما لا يخالف النظام العام " ولقد وجدت من قضاء محكمة النقض ما يساند هذا الفهم ⁽¹⁾ وذلك بقولها : " مؤدى النص الأخير " المادة السادسة " من القانون رقم 462 لسنة 1955م، وكذا المادة 280 من القانون رقم 87 لسنة 1931م بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية أن أحكام الشريعة الإسلامية تكون هي الواجبة التطبيق في منازعات الأحوال الشخصية التي تقوم بين الزوجين المسيحيين إذا اختلفا طائفة أو ملة وأن المقصود بالخضوع للشرعية الإسلامية أحكامها الموضوعية التي يخضع لها المسلم، ودون أحكام الشريعة الخاصة إلا أنه لا محل لإعمال هذه القواعد الموضوعية في

(1)الطعن رقم 89 لسنة 62 قضائية أحوال شخصية - جلسة 18 / 1 / 1996م

ثالثاً : الشروط الخاصة التي وضعها المقتن المصري بالمادة 17 من القانون رقم 1 لسنة 2000م

نص المقتن المصري في المادة 17 على أن : " لا تقبل الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج إذا كان سن الزوجة يقل عن ست عشرة سنة ميلادية، أو كان سن الزوج يقل عن ثمانى عشر سنة ميلادية وقت رفع الدعوى، ولا تقبل عند الإنكار الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج فى الوقائع اللاحقة على أول أغسطس سنة 1931م، ما لم يكن الزواج ثابتاً بأية كتابة " ومن هنا نجد أن المشرع قد وضع شرطين فى هذه المادة من أجل الاعتراف بآثار الزواج وإن لم يكن كلاهما طعن فى صحة الزواج وإنما هما وعلى حد قول محكمة النقض ⁽¹⁾ بقولها : " إن توثيق الزواج على يد الموثق المختص طبقاً للقانون رقم 629 لسنة 1955م ليس شرطاً لازماً لصحة العقد وإنما هو من قبيل إعداد الدليل لإثباته " .

الشرط الأول : ألا يقل سن الزوجة عن ست عشرة سنة ميلادية، وسن الزوج عن ثمانى عشرة سنة ميلادية وقت رفع الدعوى، وإذا لم يتوافر الشرط الماثل لا تقبل الدعاوى الناشئة عن هذا الزواج بما فيها دعوى التوريث الناشئة عن هذا الزواج، حتى ولو كان الزواج صحيحاً فى ذاته .

الشرط الثانى : اشتراط توثيق الزواج بورقة رسمية، وعند عدم التوثيق لا تقبل الدعاوى ولا يقبل غيرها، وعلى ذلك فعند إنكار الزوج أو الورثة لهذه الزوجية لا يحق للزوجة أن تطالب بأى شيء من الميراث ما لم

(1) الطعن رقم 16، 26 لسنة 48 قضائية جلسة 17 / 1 / 1979م السنة 30 عدد 1 - قاعدة 60 ص 276

التوريث طبقاً لشريعة المتوفى " وفحوى هذا الاستثناء أن المتوفى الغير مسلم [زوجاً كان أو زوجة] يجوز لورثته من غير المسلمين بما فيهم من زوج أو زوجة الدّين تعدهما الشريعة الإسلامية ورثة أن يتقوا على أن يكون التوريث [تحديد الورثة وانتقال أموال التركة] طبقاً لشريعة المتوفى وذلك أمام القضاء، وهذا المعنى أكدته محكمة النقض ⁽¹⁾ حيث تقضى بأن " القاعدة الأساسية فى موارث المصريين غير المسلمين أنها تجرى وفق أحكام الشريعة الإسلامية ما لم يتفق الورثة الذين تعترف هذه الشريعة بوراثتهم ويتراضوا على غير ذلك " ولكن هل يشترط إلى جوار التراضى بين الورثة المعبرين بالشروط المنصوص عليها فى المادة الثالثة من القانون رقم 1 لسنة 2000م والتي حلت محل المادة السادسة من القانون رقم 462 لسنة 1955م فى فقرتها الثانية والتي تعرف بشروط إعمال الشرائع المالية فى مصر والتي تتمثل فى اتحاد الخصوم فى الطائفة والملة، ووجود جهات قضائية ملية منظمة وقت صدور هذا القانون وفى حدود النظام العام ؟

فى الواقع أن الخلاف بين الفقهاء قديماً وفى ظل المادة السادسة من القانون 462 لسنة 1955م ⁽²⁾ وأرى مع من يقول باشتراط هذه الشروط التى فى المادة الثالثة من القانون رقم 1 لسنة 2000م تمشياً مع القاعدة الأصولية التى مقتضاها أن المطلق يحمل على المقيد والحكم لللاحق .

(1) الطعن رقم 9 لسنة 4 بتاريخ 30 / 5 / 1935م . د/ توفيق فرج - أحكام الأحوال الشخصية 1969م - ط 3 ص 54،

(2) انظر مثلاً : د/ توفيق فرج - فى الأحوال - ص 57 وما بعدها وهو يستدل على ضرورة اعتبار هذه الشروط، و د/ أحمد سلامة فى الأحوال الشخصية - ط 2 - ص 38 - ص 57، وهو يعترض على د/ توفيق فرج فى ذلك، وفى تأييد د/ توفيق فرج د/ عبد الودود يحيى - الأحوال الشخصية لغير المسلمين، 1960م - ص 27، 28

يكن عقد زواجها موثقاً توثيقاً قانونياً فى وقائع الزواج اللاحقة على أول أغسطس عام 1931م.

الفصل الثانى

وفاة أحد الزوجين عن زوجية قائمة

يشترط لتحقيق ميراث أحد الزوجين من الآخر أن يُتوفى أحدهما عن زوجية قائمة لم تنته بالطلاق أو الفسخ، إلا حالة الطلاق الرجعى فإذا ما توفى أحدهما أثناء العدة فإن الباقي منهما على قيد الحياة يرث من المتوفى، أما إذا فانت العدة أو كان الطلاق بائناً⁽¹⁾ لا رجعة فيه⁽²⁾ وفى حال الصحة أو بعد فسخ الزواج فلا ميراث للباقي على قيد الحياة من المتوفى منهما وهذا أمر متفق عليه، أما إذا وقع الطلاق البائن فى حال المرض، فلا ميراث عند الشافعية⁽¹⁾ وترث الزوجة عند الحنابلة ما لم تتزوج فإن تزوجت قبل وفاة الزوج فلا ميراث لها⁽²⁾ وترث عند المالكية حتى ولو انتهت العدة وتزوجت⁽³⁾ وعند الحنفية ترث الزوجة من الزوج ولا يرث هو منها مادام أنه قصد الإضرار بها وذلك مادام قد توفى فى عدتها⁽⁴⁾ وفى النهاية فإن ما رآه الحنفية قيماً ووجيهاً⁽⁵⁾ وذلك معاملة له بخلاف قصده⁽⁶⁾ وهو العول عليه فى القانون المصرى رقم 77 لسنة 1943م وذلك بنصه فى

(1) الإمام الشيرازى - المذهب - ص25

(2) اليهودى - شرح منتهى الإرادات - ج2 - ص628 وما بعدها، والعلامة الشوكلى

- التوضيح فى الجمع بين المقنع والتقيح - تحقيق ناصر عبد الله الميمان - ج2 - ص910

(3) السيد عثمان الجعلى - سراج المسالك شرح أسهل المسالك - المكتبة الثقافية - بيروت

- ج1 - ص237، القرطبي - الكافي - ص556، 557

(4) الكمال بن الهمام - شرح فتح القدير - دار الفكر - ج7 - ص240 وما بعدها

المادة 11 على أن ".... وللزوجة ولو كانت مطلقة رجعيًا إذا مات الزوج وهى فى العدة أو الزوجات فرض الربع عند عدم الولد وولد الابن وإن نزل والثلث مع الولد أو ولد الابن وإن نزل، وتعتبر المطلقة بائناً فى مرض الموت فى حكم الزوجة إذا لم ترض بالطلاق ومات المطلق فى ذلك المرض وهى فى عدته"⁽¹⁾

وفى القانون اليونانى تقضى المادة 1822 بأنه "لا يستحق الزوج الباقي على قيد الحياة أى حق فى التركة إذا كان المتوفى بسبب جدى للطلاق بخطأ الزوج الذى على قيد الحياة قد رفع دعوى لهذا الغرض"⁽²⁾

وفى القانون الإيطالى تقضى المادة 585 بأن "يُحرّم من الإرث الزوج الذى يكون قد صدر ضده حكم بالتفريق الجسمانى حتى ولو كان الحكم بمسؤولية الزوجين المشتركة"⁽³⁾ وعلى كل حال فإن الشرط المائل تطلبه النظم الإنسانية غالباً.

النتائج المترتبة على عرض شروط الميراث بالزوجية

من العرض السابق لشروط التوارث بالزوجية يتضح منها عدة نتائج

هذا بيانها :-

أولاً :- أن الشروط المعتمدة لإمكان التوارث بين الزوجين تنقسم إلى

شروط عامة بكل الموارث، وشروط خاصة بالميراث بالزوجية .

(1) الوقائع المصرية فى 12 / 8 / 1943م - عدد 92

(2) قانون الموارث اليونانى رقم 2250 بتاريخ 15 / 3 / 1940م - أ/ كامل عثمان - المرشد - ص159

(3) التشريع الإيطالى للأحوال الشخصية قانون رقم 262 بتاريخ 16 / 3 / 1942م، انظر أ/ كامل عثمان - المرشد - ص262 .

1948م ولا يجوز تطبيق الشرائع المالية إلا بتراضى جميع الورثة على ذلك .
والمقنن المصرى فى ذلك لم يخرج عن المقرر فى الفقه الإسلامى .

سادساً :- إن المقنن المصرى قد استحدث بعض الشروط فى القانون
رقم 1 لسنة 2000 م تتعلق بسن الزوجين وتوثيق الزواج بورقة رسمية .

سابعاً :- اتفق الجميع على اشتراط وفاة أحد الزوجين عن زوجية
قائمة حتى يتسنى حصول الباقي منهما على الحياة على نصيبه فى الميراث .

ثانياً :- أن الشروط العامة للميراث تتمثل فى ثلاثة شروط موت
المورث وحياة الوارث، ووجود صلة قرابة بينهما تستوجب الميراث . وأن هذه
الشروط قد نظمها الفقه الإسلامى وتبعه فيها القانون المصرى وقريباً منه
سارت الشرائع المالية فى مصر، ولم تكن هذه الشروط بعيدة عن النظم
القانونية القديمة فى مصر والعراق .

ثالثاً :- عرفت الشروط الخاصة بالتوارث بالزوجية فى النظم
القانونية القديمة وبأشكال قد تشبه أو تختلف عن التنظيم الحالى لها،
وأن هذه الشروط غالباً ما تكون فى شرطين : صحة الزواج، ووفاء أحد
الزوجين عن زوجية قائمة .

رابعاً :- أن شرط صحة الزواج فى حق المسلمين لازم لتحقيق الميراث
بالزوجية وفى حق غير المسلمين عند فقهاء الإسلام إنهم يتركون وما
يدينون ما لم يسلموا أو يتداعوا إلى القاضى المسلم، فإذا أسلموا أو أحدهم
خضعوا فى التوارث بأنكحتهم لأحكام الإسلام، وإنهم يرثون من أولادهم
ويرثهم أولادهم سواء كانت أنكحتهم صحيحة أو باطلة، وإن الزوج
والزوجة لا يرث أحدهم الآخر بالأنكحة الباطلة التى لا تصلح ابتداء ولا
بقاء، ثم اختلف الفقهاء فى توارث غير المسلمين بالأنكحة الفاسدة التى
لحقها مفسد فى ابتداء النكاح لا فى بقاءه والراجح أنهم يتوارثون بهذه
الأنكحة . ثم إن أصحاب الشرائع المالية فى مصر يشترطون لإمكان
التوارث بالأنكحة التراضى بين الزوجين، وعدم وجود موانع للزواج ولا
الميراث، ومراعاة الشكل الدينى فى الانفقاد، ومراعاة العلانية فى إتمام
الزواج .

خامساً :- أن المقنن المصرى قد وحد الاختصاص القانون بحكم
مسائل الموارث بين المسلمين وغير المسلمين عند صدور القانون المدنى عام

القانون الواجب تطبيقه على ميراث الزوجين

عند تنازع القوانين

يشار في أول الأمر مشكلة الطبيعة القانونية لميراث الزوجين، فإذا عرّفت تلك الطبيعة جاءت مشكلة تحديد القانون الواجب تطبيقه ونطاقها، وذلك في فروع ثلاثة :

الفرع الأول

الطبيعة القانونية لميراث الزوجين ذوي العنصر الأجنبي .

إن الفاحص لطبيعة الميراث ليجد به صفات تلحقه بالأحوال الشخصية، وأخرى تلحقه بالأحوال العينية، فمن الصفات التي تلحقه بالأحوال الشخصية : أن الميراث يكون الأشخاص فيه محل اعتبار [وارث ومورث] كما أن للقرابة أثراً في استحقاقه، وعلى حد قول البعض : خلافة أسرية أكثر منها ملكية مجردة للأموال ⁽¹⁾

ومن الصفات التي تلحقه بالأموال أن التركة أولها وآخرها مال منقول أو عقار، ويتم تملكه عن طريق الميراث، ولما كان الميراث على هذه الحالة فقد تباينت فيه وجهات النظر في الدول المختلفة :-

فقى فرنسا مثلاً يتعلق الميراث بالعديد من فروع القانون : قانون الأسرة " الأحوال الشخصية " وقانون التصرفات القانونية [بسبب إرادة الأطراف في انتقال الأموال بسبب الوفاة أي التصرفات الإرادية] وقانون الأموال . ومن بين هذه الارتباطات الثلاثة التي يرتبط بها الميراث اختار

(1) / أحمد سلامة - علم قاعدة التنازع - ص 930 .

القانون الواجب تطبيقه على ميراث الزوجين

عند تنازع القوانين وعند اختلاف الديانة

الزواج قد ينشأ وطنيً العناصر، زوجاً وزوجة، واتحاد إقامة واتفاق ديانة وقد تم على التراب الوطني، وقد تُوفى أحد الزوجين ولم يطرأ على علاقة الزوجية أي عنصر أجنبي، حينئذ لا يثار تنازع للقوانين، ومن ثم تخرج عن نطاق الدراسة الماثلة، وإن كانت هذه هي القاعدة في الزواج إلا أن العلاقات الإنسانية تتجاوز الحدود الجغرافية لأن الإنسانية في أصلها أسرة واحدة ﴿ يا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاهُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ ﴾ " الحجرات - آية 13 " فهذا التعارف الإنساني تنشأ عنه علاقات زوجية تعدد فيها الجنسيات، وقد تتباين منها الديانات، بل قد يتم الزواج في غير بلد الزوجين، ثم إن أحدهما قد يُتوفى وقد ترك ثروة بعضها عقاراً وآخر منقول، أو قد يكون محلها بلداً ثالثاً، حينئذ يثار تنازع للقوانين .

فما هو القانون الذي توزع به الأنصاء ويفصل به بين هؤلاء الفرقاء ؟ وما هو الحل عند اختلاف الزوجين ديانة ؟

وللإجابة على السؤالين السابقين أقسم هذا المبحث إلى مطلبين أخصص الأول منهما للحديث عن القانون الواجب تطبيقه على ميراث الزوجين، ويملؤه الآخر للحديث عن اختلاف الزوجين ديانة .

بيد أن بعض الفقه يرى أن المواريث ذات طبيعة خاصة ومستقلة عن الأحوال العينية والشخصية ومن ثم يجب وضعها في طائفة مستقلة عن الأحوال العينية والشخصية⁽¹⁾

أما عن الوضع في القانون المصري : فطبقاً للفقه المصري في القانون الدولي الخاص تدخل المواريث في الأحوال الشخصية⁽²⁾ وقد سبق القول بأن المقتن المصري قد تخلص عن نفث المواريث بالأحوال الشخصية في حق الوطنيين ووضع لها قواعد موحدة في القانون المدني لعام 1948م، إلا أن هذا المفهوم لا يزال قائماً في حق المواريث الخاصة بالأجانب.

- (1) د/ سامي بديع منصور - القانون الدولي الخاص - الدار الجامعية - بيروت - ط 1997م - ص 289 وما بعدها، د/ آدمون نعيم - الوجيز في القانون الدولي الخاص - ط 1963م - بيروت - ص 177 - ومشار إليها لدى د/ محمود مصيلحي، د/ صلاح الدين جمال - مبادئ - ص 443 - هامش 2 .
- (2) د/ أحمد مسلم - موجز القانون الدولي الخاص المقارن في مصر ولبنان - دار النهضة العربية - بيروت - ص 231، د/ إبراهيم أحمد - القانون الدولي الخاص - تنازع القوانين - دار النهضة العربية 2003م - ص 253، د/ هشام صادق - تنازع القوانين - منشأة المعارف - الإسكندرية - ص 618، د/ جمال الكردي - دروس في القانون الدولي الخاص - النظرية العامة للقانون الدولي الخاص تنازع القوانين - ط 2 - 1998 / 1999م - ص 379 وما بعدها، وانظر في الأصول التاريخية - د/ فؤاد رياض، د/ سامية راشد - أصول تنازع القوانين - 2004، 2005م - ص 262، د/ حامد نكي - القانون الدولي الخاص المصري - ط 1 - 1936م - فقرة 243

القانون الفرنسي منذ العصور الوسطى Moyen Age قانون النظام العيني Starutneel وهذا ما يجد تفسيره في الارتباط بالنظام العقاري وهيمنته على مشاكل الإرث وإمكانية حل هذه المشاكل بالارتباط به ويدور القانون الدولي الخاص في هذا الفلك، غير أن الوضع السابق كان يفرق بين العقار والمنقول فقد جعل ميراث المنقول متعلقاً بالأحوال الشخصية وقد صدر عن محكمة النقض الفرنسية في 19 يونيو 1929م حكمٌ فحواه أن القانون الذي يطبق على ميراث المنقول هو قانون البلد الذي فيه آخر موطن للمتوفى، وذلك في ظل القانون القديم وتطبيقاً لمبدأ mobilia segunien أى مبدأ أن المنقولات تتبع الشخص، فربط الميراث بشخص المتوفى يتجه إلى تحرير الميراث من الطبيعة المالية لإدخاله في طائفة النظام الشخصي وقد تم هجر هذا التصور منذ حكم labedan الصادر عن محكمة النقض عام 1939م⁽¹⁾ وقد سار على هذا النهج كلٌ من القانون البلجيكي، والإنجليزي، والأمريكي، والكندي والاسترالي⁽²⁾.

بينما غلبت بعض الدول الطبيعة الشخصية للميراث كما هو الحال في القانون الأسباني، والألماني، والنمساوي، وسائر القوانين العربية⁽³⁾

- (1) انظر في الفقه الفرنسي :-
- Daniel Gutmann، DROIT INTERNATIONAL PRIVE SE edition 2000 DALLOZ، No 206، 207 p 157 - No 210 .
- Yvon Loussouarn، Droit international prive - DALLOZ، 7، edition، 2001 No 285، p 349

وقد استعنت في الترجمة بـ د/ نادية فرج
(2) أشار إليهم د/ أحمد سلامة - علم قاعدة التنازع - ص 933
(3) د/ أحمد سلامة - علم قاعدة - ص 931، 932

الفرع الثاني

قاعدة الإسناد في ميراث الزوجين

فى الواقع لم تتفق النظم القانونية على كلمة سواء بخصوص القانون الواجب تطبيقه على الميراث بصفة عامة وميراث الزوجين بصفة خاصة، ومن ثم انقسمت الأنظمة القانونية إلى أربعة اتجاهات :

الاتجاه الأول : وقد اتخذ أصحابه من جنسية المورث ضابطاً للإسناد، ومن ثم كان قانون جنسية المورث هو الواجب تطبيقه فى شأن الميراث. وقد أخذ بهذا الحل القانون الإيطالى، والألمانى، واليونانى، والأسبانى، والنمساوى، والتركى، والمجرى، والتشيكوسلوفاكى، والبولندى، والبرتغالى، وقوانين الدول العربية (1)

(1) انظر فى عرض القوانين المشار إليها تفصيلاً : د/ هشام صادق - تنازع القوانين - ص614، د/ أحمد سلامة - علم قاعدة - ص930، 931، د/ فؤاد رياض، د/سامية راشد - أصول تنازع - ص263، د/ عكاشة عبد العال - دراسات فى القانون الدولى الخاص فى دولة الإمارات العربية المتحدة - دار الجامعة بالإسكندرية ص253، د/ حسن الهداوى - القانون الدولى الخاص - تنازع القوانين - الأردن - مكتبة دار الثقافة عمان - الأردن - 1997 - ص119، د/ حسن الهداوى - تنازع القوانين وأحكامه فى القانون الدولى الخاص العراقى - مطبعة الإرشاد - بغداد - 1972 - ط 2 - ص181، د/ على على سليمان - شرح القانون الدولى الخاص الليبى - دار صادر - بيروت - ص109، د/ محمد عبد الخالق عمر - القانون الدولى الخاص الليبى - دار النهضة العربية 1971 - ص265، وقد كانت تركيزا تعتبر الميراث من الأحوال العينية إذا ما تعلق بعقار، ومن ثم تخضع لحكم قانون موقعا بخلاف الحال فى المنقولات إذ أنها تخضع لحكم قانون الجنسية . انظر د/ حامد ذكى - مواريث الرعايا الأثر ك - مجلة القانون والاقتصاد - السنة 18 - ص629، وفى عام 1982م تغير الوضع بمقتضى المادة 22 من مجموعة القانون =

الاتجاه الثانى : وقد جعل أصحابه من آخر موطن للمورث ضابطاً للإسناد، ومن ثم يسرى على توزيع التركة قانون آخر موطن للمتوفى، حيث إنه غالباً مركز أعماله وفيه تتجمع أمواله، ويأخذ بهذا الحل القانون السويسرى والبيروئى (1)

الاتجاه الثالث :- وقد ميز أصحابه بين العقار والمنقول، فأخضعوا العقار لقانون موقعه، والمنقول لقانون آخر موطن للمتوفى، وقد أخذ بهذا الحل القانون البلجيكى، والإنجليزى، والأمريكى، والكندى، والإسترالى (2)

وقد توسع القانون الفرنسى ففرق بين قانون الإرادة وذلك فى الميراث الإيصائى حينما يحدد المورث القانون الواجب تطبيقه على توزيع تركته بطريقة إرادية، وبين القانون الواجب تطبيقه على الميراث " الإيجابى " ويختلف القانون الواجب تطبيقه بحسب نوع الميراث، فميراث العقار يخضع

=الدولى الخاص التى تنص على أن : " تخضع المواريث للقانون الوطنى للمتوفى، ويسرى القانون التركى على المواريث الواردة على عقارات كائنة بتركيا " د/ أحمد سلامة - علم قاعدة التنازع - ص931 هامش 82 .

(1) د/ جمال الكردى - دروس فى القانون - ص379، د/ أحمد سلامة - علم قاعدة - ص931، 932، حيث يرى سيادته : أن هذا الاتجاه يخضع المواريث لأحوال الشخصية، بينما يرى د/ على على سليمان أنه يخضع للأحوال العينية وذلك بقوله : " بينما تدخله بعض التشريعات فى الأحوال العينية وتخضعه لقانون موطن المتوفى " شرح القانون الدولى الخاص الليبى - ص109

(2) د/ أحمد سلامة - علم قاعدة - ص932 933، د/ جمال الكردى - دروس - ص379، د/ هشام صادق تنازع - ص615، د/ أشرف وفا محمد - آثار التوارث بين الدول على أعمال قواعد القانون الدولى الخاص دار النهضة العربية - ط 1 - ص110، د/ على على سليمان - شرح القانون ... الليبى - ص109، 110

لحكم المادة الثالثة الفقرة الثانية من القانون المدني الفرنسى وذلك بحسب موقع العقار، فالعقارات الواقعة بفرنسا تخضع لحكم القانون الفرنسى، وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية منذ عام 1837م فى قضية stewart ويجد هذا الحل تبريره فى الارتباط والتطبيق مع الوضع الظاهر للعقار، غير أن تطبيق قانون موقع العقار يؤدي إلى تجزئة تسوية الإرث وذلك عندما يكون للمتوفى أكثر من عقار فى أكثر من بلد يجب معه تطبيق أكثر من قانون، وهذا فيه ما فيه من عدم المساواة بين الورثة فقد يتصف الشخص الواحد بصفة الوارث وعدم الوارث من خلال هذه التعددية القانونية، كما أن المحاكم الفرنسية ترفض اختصاصها بصدد ميراث عقار يقع فى الخارج .

أما عن المنقول فقد أكد حكمٌ صدرَ عن محكمة النقض الفرنسية في 19 يونيو 1939م أن القانون الواجب تطبيقه على ميراث المنقول، هو قانون البلد الذي فيه آخر موطن للمتوفى، وهذه القاعدة توجد في ظل القانون القديم تطبيقاً لمبدأ *mobilier segunien* أى المنقول يتبع الشخص . غير أن أساس هذا المبدأ محل للغموض، فيمكن القول بأن الأمر يتعلق بإظهار علاقة شخصية بين المتوفى ومنقولاته، كما يمكن تبرير المبدأ بإضفاء صفة محلية على مجموع المنقولات، ما دام أن المنقولات ترتبط بالشخص فيصبح تصور أنها تتركز في مكان آخر محل إقامة المتوفى⁽¹⁾ ويشير البعض إلى أن هذه القاعدة تم وضعها في القرن الرابع

-(1) انظر هذا بالتفصيل :-

- Danil Gutmann : Droit international privé, Dalloz, 2000 No. 206, 207, p. 156 No 210, p. 157. =

عشر والتي تعطي الاختصاص لقانون مكان موقع العقار وإلى قانون آخر موطن للمتوفى فى المنقولات أى أن " الواقعية **nealite** والتي تتعارض مع الشخص **person** تسود هنا بالنسبة للعقارات، أما المنقولات فقد شكلت غموضاً وقد وجدت تبريرها فى نظرية الشخصية ولقد جاء حكم **labeledan** عام 1939م ليقرر بوضوح قانون الموطن للأجانب المتوفين فى فرنسا والصادر عن محكمة النقض الفرنسية.⁽¹⁾

الاتجاه الرابع: خضوع المواريث لقانون الإرادة

أعطت بعض الاتفاقيات الدولية وبعض النظم القانونية للإرادة دوراً في تحديد القانون الواجب تطبيقه على مسائل الموارث فمن ذلك قرارات مجمع القانون الدولي في دورة انعقاده بالقاهرة 1987م حيث أوصى بمنح الشخص حق الاختيار بين القانون الوطنى له " قانون جنسيته " أو قانون موطنه . (2)

= - Mayer (p) . Droit international pnives ,Mon tch nesrien Gadron
No ,799 ,p 517 K No 800 ,p 517

- Civ 7janv - 1982, Rev . cnit 1983 87 ,note Ancee negime
mahimonio

غير أن هذه القاعدة لا تمتد إلى النظام المالي للزواج حيث إن النظام المالي للزواج أكثر أهمية من نظام الإرث على الرغم من الاتجاه المتعدد لانتقبة لاهائى لعام 1978م، وقد استعنت فى ترجمة بـ د / د / نادية فرج .

(1)C: V-27 avnîl 1868-s-1868

ويرجع تطبيق هذه القاعدة إلى عام 1868م وذلك بالنسبة لميراث الفرنسيين المتوفين والقائمين في الخارج . انظر بالتفصل المرجع السابق . Moyer (p) Droitint .
prive op cit .

غير التعاقدية - دار النهضة العربية - 2004 - ص 63

الدولى الخاص الإيطالى الخاص بالأسرة والتركبات فى 31 مايو سنة 1995م والذى أدخل حق المورث فى اختيار القانون الواجب تطبيقه على تركته م 2/46، وحصر حق الاختيار فى القانون الوطنى "الإيطالى" وقانون الدولة التى بها محل إقامة المورث وبشرط ألا يمس اختيار المورث هذا بالحقوق التى يقررها القانون الإيطالى للورثة الشرعيين بإيطاليا لحظة وفاة المورث م 2/46. (1)

موقف القانون المصرى من ضابط الإسناد فى ميراث الزوجين

اتخذ المقتن المصرى من جنسية المورث ضابطاً للإسناد، وهذا ما نصت عليه المادة 1/17 بقولها: "يسرى على الموارث .. قانون المورث وقت وفاته" (2) وبمقتضى هذه المادة وحّد المقتن المصرى الاختصاص القانونى بمسائل الموارث العقار والمنقول وسواء كان القانون وطنياً أو أجنبياً، ومن ثم انقسم الفقه المصرى بين مؤيد ومعارض لمسلك المقتن على النحو التالى:-

وقد بارك جمعٌ من الفقهاء موقف القانون المصرى على هذا النحو فيقول أحدهم: (3) بهذا منع القانون تعدد القوانين كما سوى بين العقار والمنقول ويؤيده البعض بشدة قائلاً: (4) والحل المصرى يحقق خطوة هامة نحو توحيد القانون الواجب تطبيقه على الميراث على عكس الاتجاه الذى يفرق بين العقار والمنقول كما ينسجم مع طبيعة الخلافة فى الأموال بسبب الوفاة، فمن ناحية يلاحظ أن التركة لا يجب أن ينظر إليها كمال يمتلك

(1) / محمد حمدى بهنسى - دور الإرادة ... - ص 69 .

(2) من القانون المدنى المصرى لعام 1948م

(3) / محمد كمال فهمى - أصول - ص 567

(4) / أحمد سلامة - علم قاعدة - ص 934، 935

وقد أعطت اتفاقية لاهى الموقعه فى أول أغسطس 1989م بشأن القانون الواجب تطبيقه على التركبات أهمية كبرى لمبدأ وحدة القانون واجب التطبيق ونصت فى المادة 1/5 على أن الشخص يمكنه تحديد قانون دولة محدده ليحكم تركته ولا يكون للاختيار أى اعتبار إلا إذا كان لصالح قانون جنسيته أو قانون الدولة التى بها محل الإقامة العادية، وفى حالة غياب الاختيار تخضع التركة لقانون محل الإقامة العادية للمتوفى، وبشرط أن تستمر هذه الإقامة لمدة خمس سنوات قبل الوفاة (1)

وفى القانون الأمريكى الذى سمح للمورث بدور فى اختيار القانون الذى يطبق على تركته مع وضع عدة قيود على ذلك، فلا يعتد بهذا الاختيار إذا كان ضاراً بالزوج أو الزوجة الباقى على قيد الحياة منهما (2) وكذلك اعترف القانون الدولى الخاص السويسرى بدور الإرادة فى اختيار القانون الواجب تطبيقه على الميراث إذ سمح لرعايا الدول الأنجلو سكسونية المتوطنين فى سويسرا بإخضاع تركاتهم لقانونهم الوطنى، ويتعديل القانون السويسرى 1987م توسع فى حالات الاختيار إذ سمح بذلك للأجانب المتوطنين فى سويسرا وكذا السويسريين المتوطنين فى الخارج (3)

وأعطى القانون الألمانى الصادر سنة 1986م الحق للمورث الذى يملك عقارات فى ألمانيا فى اختيار القانون الألمانى وفى إيطاليا صدر القانون

(1) انظر فى عرض هذه الاتفاقية :

el ,Droit int . prive , - Gutmann (D)

p 157 ,No 210 ,6 op . cit

805 (p) - Mayer , Droit intr National . prive op cit No ,804

(2) / محمد حمدى بهنسى - دور الإرادة ... - ص 64، 65، 66 .

(3) / محمد حمدى بهنسى - دور الإرادة ... - ص 67، 68

مجزءاً فهي مجموع أو مخلوق قانوني يتصل بشخص المورث وتمثله، وتتكون من أموال مادية وغير مادية وحقوق وديون ومن غير المستطاع تحديد موقع ثابت لمزاداتها يمكن تطبيقه بأمان - كما أن قوانين الميراث قوانين خاصة تقوم على اعتبارات ومصالح عائلية قد تهدر عند تطبيق قانون غير قانون الجنسية، كما أن هذا القانون هو قانون الإرادة الضمنية للمتوفى، ويوافق البعض على ما اتجه إليه القانون المصري⁽¹⁾ فالمتقن فضل إخضاع الميراث لقانون جنسية المورث ولا شك أن ذلك يتفق مع اعتباره الميراث من مسائل الأحوال الشخصية كما أنه اعتد في تحديد قانون الجنسية بوقت الوفاة.

بينما عاب البعض مسلك المتقن هنا، فيرى البعض⁽²⁾ فداحة خطأ العمل به ومن هذا القبيل أن تطبيق قانون الجنسية على الموارث إذا كان المورث عقاراً يجعل العقارات خاضعة لقوانين أجنبية، وبما يترتب على ذلك من عدم الثقة العقارية لعدم تيقن معرفة الملاك الحقيقيين لتلك العقارات على وجه يخل بالنظام العام المصري كتوريث أولاد السفاح [المشروع طبقاً للقانون الفرنسي مثلاً] كما أنه يؤدي إلى تملك المحكومات الأجنبية لعقارات في أرض مصرية كما في حالة التركة الشاغرة وقد عرض لهذه الحجج وقندتها بعض الفقه⁽³⁾ حيث يقول: إن قواعد شهر حق الإرث تخضع للقانون المصري في حكم العقارات كما أن النظام العام يقف حجر عثرة في وجه القواعد والقوانين المجافية للنظام العام في مصر، ثم

(1) إبراهيم أحمد إبراهيم - القانون الدولي - ص 235

(2) عبد الحميد أبو هيف - القانون الدولي الخاص في أوروبا وفي مصر - مطبعة الاعتماد 1342 هـ / 1924 - بند 386 - ص 436، 437

(3) جابر عبد الرحمن - تنازع القوانين - ص 484

ينبى الكاتب مهاجماً لمسلك المتقن المصري في خضوع الإرث لقانون الجنسية فيقول: (1) لكن ليس معنى هذا أن الأخذ بقانون الجنسية في الموارث مبررٌ من كل عيب، فالواقع أن أعمال هذا القانون قد يتجافى مع الاعتبارات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية التي يجب أن تسود في موقع المال، الأمر الذي يترتب عليه تفضيل قانون هذا الموقع على قانون الجنسية، ثم يعود الفقيه قائلاً: وقد تؤثر هذه القوانين على الحالة الاجتماعية فقد أدت قوانين الميراث في فرنسا إلى قلة المواليد حتى لا تنتجت الثروة والمشاريع فيضطر كل واحد إلى أن ينجب ولداً واحداً حتى لا يحدث مثل هذا.

ثم يذكر مثالب سياسية، وفي النهاية يطالب بتطبيق قانون موقع المال على العقار وينتهي قائلاً: إن هذا الأمر يؤدي إلى تعدد القوانين في التركة الواحدة ويرى أن أكثر الحلول توفيقاً في الأخذ بقانون موطن المتوفى حتى يؤمن وحدة القانون، وبعبء البعض مسلك المتقن المصري قائلاً: (2) ولم يعدل المشرع المصري عن قاعدة إخضاع الميراث لقانون الجنسية بالرغم من زوال نظام الامتيازات وانقضاء الفترة الانتقالية.

والواقع أن مسلك المتقن المصري في ضابط الإسناد المائل مسلك حميد ويتخلص من كل المثالب السابقة عند توضيح النطاق الذي يدخل في إطاره وما يخرج من نطاقه، وهو إطار أجمع عليه الفقهاء في مصر، كما أن الاعتداد بقانون جنسية المورث يشبه - وإلى حد ما - ما سانه فقهاء الإسلام في هذا الشأن والذي سيأتي بيانه في الفرع التالي.

(1) جابر عبد الرحمن - تنازع ... - ص 485

(2) فؤاد رياض، د/ سامية راشد - أصول تنازع القوانين - بند 230 - ص 263.

مجال تطبيق قانون المورث

لما وضع المقتن المصري قاعدة الإسناد الماثلة بالمادة 1/17 وبناها على جنسية المورث في مسائل الموارث فقد حدد الفقه إطاراً لهذه القاعدة لبيان ما يدخل في نطاقها وما يخرج عن مضمونها :-

فيدخل في نطاق قاعدة جنسية المورث

الأحكام الموضوعية العامة في الإرث (1)

(1) بيان الورثة والمستحقين للإرث وترتيبهم ونصيب كل منهم .

(2) شروط استحقاق الإرث من موت المورث وحياة الوارث وتوريث الجنين وأحكام موت المورث والوارث معاً، وأحكام المفقود .

(3) مدى حرية الوارث في قبول التركة أو رفضها، أو التنازل عنها أو القبول بشرط الجرد .

(4) تعيين المورث لمنفذ للوصية، وسلطة المحكمة في تعيين مدير للتركة، وشروط ذلك، واختصاصاته .

(1) انظر بالتفصيل : د/ حامد ذكي - مواريث الرعايا الأثر الك - المقالة المشار إليها سابقاً - ص 632، د/ جابر عبد الرحمن - تنازع القوانين - ص 451 وما بعدها، د/ محمد كمال فهمي - أصول القانون - ص 568، د/ فؤاد رياض، د/ سامية راشد - أصول تنازع القوانين - ص 264 وما بعدها، د/ هشام صادق - تنازع القوانين ص 618 وما بعدها، د/ أحمد سلامة - علم قاعدة - ص 935 وما بعدها، د/ محمود مصيلحي، د/ صلاح الدين جمال - مبادئ - ص 444، 445، د/ إبراهيم أحمد إبراهيم - القانون الدولي - ص 235 وما بعدها، د/ جمال الكردي - دروس - ص 382 وما بعدها

426

(5) الحقوق والأموال التي تنتقل إلى الورثة وكيفية الانتقال . (1) ووقت

تملك الورثة للتركة، وطبيعة خلافة الوارث للمورث في التركة إجبارية أم اختيارية .

(6) موانع الإرث، وقواعد الحجب والحرمان والعول والرد .

(7) إدارة وقسمة التركة .

(8) التدابير التحفظية والمستعجلة كوضع الأختام وإيداع النقود وغيرها

من الأمور المبدئية ونهائية التركة لتخضع لقانون المورث، إلا إذا خشي عليها من فوات الوقت وتفسر تطبيق قانون المورث، طبق عليها قانون القاضى استثناء (2)

أما ما يخرج عن نطاق قانون المورث

(1) التكييف القانوني فإذا عُرض على القاضى منازعة في مسألة

مالية فما هو الوصف الذي يضمها القاضى في إطاره، ميراث، وصية، تبرع، هبة، بيع، الخ . فالتكييف بهذا الشكل يخضع لأحكام القانون المصري، وذلك طبقاً لنص المادة 10 من القانون المدني المصري والتي تنص على أن " القانون المصري هو المرجع في خصوص تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقة في قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها " والمقصود بالقانون المصري في مجال الموارث هى الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في نطاقها وهو القانون رقم 77 لسنة

(1) وقد خالف في هذا د/ إبراهيم أحمد - حيث يقول : بخضوعها لقانون موقع المال - القانون - ص 237 .

(2) د/ أحمد سلامة - علم قاعدة - ص 941 وبصرف .

427

1943م والقانون رقم 25 لسنة 1944م، والقانون رقم 1 لسنة 2000م.

(2) بيان صحة أو عدم صحة الزواج فى حق الزوج الباقي على قيد الحياة، يخضع لقانون هذا الزوج الوارث، وذلك بمقتضى قاعدة الإسناد الواردة بالمادة 12 من القانون المدنى المصرى والتى تنص على أنه يرجع فى الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين "وعلى ذلك فيخرج بيان صحة أو عدم صحة الزواج عن نطاق قاعدة الإسناد الخاصة بالميراث.

(3) تحديد حالة الوارث من حيث الذكورة والأنوثة، والموت والحياة، وقيام الشخصية القانونية ابتداء وانتهاء ويخضع كل ذلك لقانون جنسية ذلك الوارث وذلك عملاً بمقتضى الفقرة الأولى من المادة 11 مدنى مصرى التى مفادها : أن الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم يسرى عليها قانون الدولة التى ينتمون إليها بجنسيتهم وبمقتضى هذه المادة تخرج تلك المسائل من إطار قاعدة جنسية المورث.

(4) خضوع بعض إجراءات الميراث لقانون الموقع كالشهر والعلانية فى خصوص العقارات، وكذا تنظيم حالة الشيوخ، وتصفية التركة وانتقال الأموال إلى الورثة ومسائل الحياة: (1)

(1) انظر بالتفصيل : د/ أحمد سلامة - علم قاعدة ... - ص 938 وما بعدها، د/ هشام صادق - تنازع ... - ص 620 وما بعدها، د/ محمد كمال - أصول ... - ص 568، د/ جابر عبد الرحمن - تنازع ... - ص 451 وما بعدها، د/ فؤاد رياض، د/ سامية راشد - أصول ... - ص 265، د/ جمال الكردى - دروس ... - ص 385، د/ إبراهيم أحمد - القانون ... - ص 236 وما بعدها.

ما يتعلق بالحقوق الواردة على العقار [إذا كانت التركة تضم عقاراً] تخضع لقانون موقع المال وهو المنصوص عليه بالمادة 18 من القانون المدنى المصرى بقولها : "يسرى على الحياة والملكية والحقوق العينية الأخرى قانون الموقع فيما يختص بالعقار" وعلى هذا تخرج هذه الحقوق العينية العقارية من إطار القاعدة الماثلة وتخضع لقانون موقع المال (1)

مدى تعلق حق الدائنين بأعيان التركة وما يترتب على ذلك يخضع لقانون موقع المال وإذا ما كان هذا الدين ناشئاً عن التزام عقدى، يخضع لقانون الإرادة (2)

قاعدة لا تركة إلا بعد سداد الديون، يسرى عليها القانون المصرى حتى ولو كان المورث أجنبياً ما دام أن التركة كائنة بمصر (3)

(1) جمال الكردى - دروس ... - ص 385.

(2) هشام صادق - تنازع ... - ص 620، د/ إبراهيم أحمد - القانون ... - ص 237

(3) ما عليه جمهور الفقهاء . انظر فى تأكيده : د/ جابر عبد الرحمن - تنازع - ص 475، د/ فؤاد راض، د/ سامية راشد - أصول ... - ص 266، د/ محمد كمال - أصول ... - ص 568، حيث يذكر أن هذه القاعدة من الأحوال العينية وليست الشخصية . د/ هشام صادق - تنازع ... - ص 621، د/ جمال الكردى - ص 386، بينما يرى د/ أحمد سلامة : أن القاعدة المذكورة يسرى عليها قانون جنسية المورث، وذلك حيث يرى سيادته أنها تتعلق بأمرين أولهما : هو هل السوارث يمثل المورث ويلتزم بالوفاء بكل ديون التركة ولو زادت عن نصيبه أم يقتصر على حدود نصيبه من التركة، والثانى : هو خلوص أنصبة الورثة فى التركة المدنية أى تحديد وقت خلوص ملكية التركة للورثة إن كانت مدينة هل تخلص بعد سداد الديون أم تثبت الملكية بمجرد وفاة المورث، ولكن لا تكون خالصة تماماً، والذى يقرر ذلك هو =

وحجة الفقه الغالب في إخضاع تلك القاعدة لقانون المال أنها تتعلق بحماية حقوق الدائنين، وأن هذه القاعدة بمثابة حق عيني، أو رهن عام للدائنين، وأنها واجبة بالنسبة للتركات الموجودة في مصر. (1)

الفرع الثالث

ميراث الزوجين عند تنازع الممل والشرايع في الفقه الإسلامي

في الواقع أن الشريعة الإسلامية قد حسمت تنازع القوانين في مسائل الميراث بقواعد واضحة وثابتة وحاسمة ما لم يحدث مثله في غير الميراث، وذلك بمقتضى حديثين شريطين ثبتا عن رسول الله ﷺ.

الأول : ما رواه أسامة بن زيد أن رسول الله ﷺ قال : " لا يرث المسلم

الكافر ولا يرث الكافر المسلم " (2)

فقانون المورث ذاته لا قانون موقع أعيان التركة .. كما أن هذه القاعدة هي الوجه الآخر لمسألة التنازل عن الإرث ... علم قاعدة التنازع - ص 937، 938 . ونظير المختصر لقانون العلاقات الخاصة الدولية - دار النهضة العربية 1996م - ص 274، حيث يذكر سيادته فيه خروج تلك القاعدة عن نطاق قانون المورث، وخضوعها لقانون موقع المال

(1) انظر المراجع المشار إليها في الهامش السابق بذات المواضيع، ولكن يبقى مع ذلك ما ذهب إليه د/ أحمد سلامة وجاهته، وخاصة مع اتفاق هذا مع اعتبار هذه القاعدة من صميم الميراث في الفقه الإسلامي، وكذا في قانون الميراث المصري، كما أن العمل بهذه القاعدة له تأثير بالغ على حقوق الورثة بالنقص أو الزيادة . وانظر في نطاق قاعدة الإسناد في الفقه الفرنسي Mayer

805، No، edb، (p)، Droit international prive

2 od، 2000، D، No، 206 OT . S .

(2) رواه البخاري في صحيحه - كتاب الفرائض - باب لا يرث الكافر - حديث رقم 6764 - ص 361، ورواه سفيان عن الزهري عن علي بن حسين عن عمرو

والثاني : ما قد رواه حماد عن حبيب عن عمرو بن شبيب عن جده عن

رسول الله بن عمر أن رسول الله ﷺ قال : " لا يتوارث أهل ملتين شتى " (1)

وهي ظلال هذين الحديثين الشريفين وغيرهما مما يضيق المقام عن

ذكره دار خلاف طویل بین الفقهاء قديماً وحديثاً وذلك بالبحث والاطلاع

في مكتب الفقه الإسلامي . (2)

ابن عثمان عن أسامة بن زيد، سنن ابن ماجه - المكتبة الطلمية - كتاب الفرائض -

باب 6 - حديث رقم 2729 - 911، وسنن أبي داود - دار إحياء السنة النبوية -

ج 3 - ص 125

(1) ابن أبي داود - ج 3 - ص 125، 126 . سنن ابن ماجه - كتاب الفرائض - باب

6 - حديث رقم 2731 - ص 912

(2) الحنفى : الاختيار لتعليل المختار - للموصلى - ج 5 - ص 161 : ص 166،

الفاوى الهندية - ج 6 - ص 454، 455، تكملة البحر الرائق - ج 8 - ص 488

500، المبسوط - ج 29 - ص 31 وما بعدها، مختصر اخلاف العلماء - ج 4

ص 448 وما بعدها، التهذيب في الفرائض - ص 217 : 227، الفقه الحنفى فى

نوبه الجديد - ج 2 - ص 273 : 275 . وفى المالكي : شرح منح الجليل -

ج 4 - ص 697، الدرارى المضنية - ج 1 - ص 272، الكافى فى فقه أهل

المدينة الوافى - ص 555 : 558، سراج السالك - ج 1 - ص 238، القوانين

الفقهية - الإمام/ عبد محمد محمد بن جزى الكلبى - دار الكتاب العربى - ص 389

* وفى الشافعى : الأم - ج 3 - ص 2، 12، نهاية المحتاج - ج 5 - ص 27،

28، أسنى المطالب - ج 3 - ص 15، 16، المهذب - ج 1 - ص 24، الحاوى

الكبير - ج 10 - ص 360 وما بعدها، رحمة الأمة فى اختلاف الأئمة لأبى عبد الله

العمالى الشافعى - دار الكتب العلمية - بيروت - ص 201، * وفى الحنبلى :

شلاف القناع - ج 4 - ص 476، 477، التوضيح فى الجمع بين المقنع والتفقيح

للشوكلى - ج 2 - ص 909، 910، شرح منتهى الإرادات - ج 2 - ص 627، =

ومن هذه المراجع يمكنني حصر هذا الموضوع في نقاط سبعة على النحو التالي :-

- =الروض المربع - ص333، 334، الإنصاف - ج7 - ص348 : 353، المحلى فى الفقه الحنبلى - د/ محمد سليمان الأشقر - دار القلم - دمشق - ط 1 1419هـ / 1998م - ج2 - ص574 : 576، السبيل فى معرفة الدليل - الشيخ/ صالح إبراهيم الليهى - مكتبة المعارف بالرياض - ج2 - ص287 : 289
- * وفى الفقه الشيعى : البحر الزخار - ج5 - ص369 : 369، من لا يحضره الفقيه - ج4 - ص247 : 252، وسائل الشيعة - ج2 مجلد 8 - ص374 : 383، شرائع الإسلام - ق 4 - ص12، 13، دليل القضاء الجعفرى - الشيخ/ عبد الله نعمة - دار الفكر اللبناني 1402هـ / 1982م - ص282، الأحكام الجعفرية - ج2 - ص191، 192. وفى الفقه الظاهرى : ابن حزم - المحلى - تحقيق لجنة إحياء التراث العربى - ج9 ص307 : 425. وانظر " ابن القيم - أحكام أهل النمة - ص311 : 339، الشيخ المراعى - التشريع الإسلامى لغير المسلمين - مكتبة الآداب بالجاميز - ص104 : 106، الشيخ سيد عبد الله حسين - المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية التشريع الإسلامى - مقارنة بين فقه القانون الفرنسى ومذهب الإمام مالك تحقيق : د/ محمد سراج حسين وآخرون - دار السلام - مجلد 4 - ص1376 وما بعدها .
- وفى الفقه الإسلامى الحديث : د/ محمد قنديل - دراسات مقارنة - ص476 : 480 / أحمد طه السنوسى - أثر اختلاف الدين والدارين فى المنع من الميراث فى التشريع المصرى - مجلة المحاماة - العدد الثالث - السنة الرابعة والثلاثون ص353 وما بعدها، موسوعة الأحكام الشرعية الميسرة - العقود - مجمع البيان الحديث - سميح عاطف الزين دار الكتاب اللبنانى - ص239 وما بعدها - الشيخ حسنين مخلوف - المواريث فى الشريعة الإسلامية - ص34 وما بعدها - الشيخ/ محمد أبو زهرة - الميراث عند الجعفرية - دار الفخر العربى - ص73 وما بعدها .

432

أولاً :- إن الزوجين المسلمين يجرى بينهما التوارث طبقاً لأحكام الإسلام ولا يؤثر فى ذلك زمان ولا مكان ولا مذهب، حتى قال بعض الفقهاء " المسلمون يتوارثون وإن اختلفوا فى المذهب " (1)

ثانياً : إن المسلم لا يرثه إلا مسلم، فإذا مات مسلم وله قرابة من غير المسلمين فلا يرثون منه أبداً، وباتفاق الفقهاء، حتى قال ابن القيم : ولم يخالف فيه أحد، (2) والواقع أن عدم توريث غير المسلم من المسلم ليست بدعة جاء بها الإسلام، بل هى شريعة قديمة قدم الزمان، فقد عرفها اليهود فى شريعتهم بل تجاوز حدودها فى الإسلام، فقد ورد أن اليهود عند اختلاف الدين يرثون أقاربهم غير اليهود، ولا يرث أقاربهم غير اليهود منهم شيء، (3) وكذا تقضى المادة 175 من شريعة الأقباط الأرثوذكس فى مصر بأنه : " لا يكون أهلاً للإرث :- أولاً : ثانياً : من اعتنق ديناً غير الدين المسيحى، وظل كذلك حتى وفاة المورث " وكذا الشأن عند السريان الأرثوذكس والذى تقضى المادة 66 من قانونهم رقم 119 لسنة 1952م بأنه : " يحرم من الإرث المسيحى . أولاً : ورابعاً : من تدين بغير الديانة المسيحية " (4) وقد اعتمدته القانون المصرى أيضاً فى المادة السادسة من القانون رقم 77 لسنة 1943م بقولها : " لا توارث بين مسلم وغير مسلم ".

- (1) شرائع الإسلام - ص13
- (2) أحكام أهل النمة - ص317
- (3) أحمد شلى - مقارنة الأديان - اليهودية - مكتبة النهضة المصرية - ص276 وهو يشير إلى المقارنات والمقالات - ص261
- (4) كامل عثمان - المرشد - ط1 - 1958م - ص49، 50، 85 .

433

ثالثاً : إن المسلم لا يرث غير المسلم من الوطنيين أو الأجانب المسلمين أو غير المسلمين، وذلك طبقاً للراجح عند جمهور الفقهاء، وسيأتى مزيد من التفصيل لهذا البند فى المطلب التالى .

رابعاً : لا يرث الزوجان غير المسلمين بسبب زواجهما إذا كان هذا الزواج باطلاً ومحرمًا فى الإسلام تحريماً قطعياً كزواج الابن من الأم، أو الأخ من الأخت، أو زواج المثليين، رجلين، أو امرأتين، وهذا حفاظاً من الإسلام على كيان الإنسان، وذلك بغض النظر عن دينه وملته ودولته وهذا باتفاق العلماء ولم أقرأ فيه لمخالف .

ففى الفقه الحنفى يقول بعضهم : إنهم "أى المجوس" لا يتوارثون بالأنكحة التى لا تتحقق فيما بين المسلمين كمنكاح المحارم وإن كانت تلك الأنكحة بينهم صحيحة حتى يتحقق بها استحقاق النفقة ولا يسقط بها الإحصان ⁽¹⁾ وهو ما أكدته آخر بقوله : "المجوسى لا يرث بالأنكحة الباطلة لبطولانها ويرث بالقرابة لثبوتها" ⁽²⁾ والمعلوم وطبقاً للراجح فى الفقه الإسلامى أن المجوسى يعد من أهل الذمة ⁽³⁾ فإذا كان هذا الحكم فى حق الوطنى غير المسلم فهو فى حق الأجنبى من باب أولى وإنما خص المجوس بالذكر هنا لأن المجوس هم الذين كانوا يستحلون زواج المحارم فى زمن هؤلاء الفقهاء حسب اطلاعهم .

- (1) الإمام السرخسى - المبسوط - ج 29 - ص 34 ، 35 .
 (2) الإمام الموصى - الاختيار لتعليل المختار - ج 5 - ص 161
 (3) انظر بالتفصيل المناسب : د/ اسماعيل لطفى فطانى - اخلاف الدارين وأثره فى أحكام المناكحات والمعاملات 1 - 2 تقديم د/ عبد الله بن عبد الله الزاير - دار السلام - ص 116 ، 117 ، 118 - ابن القيم - أحكام أهل الذمة - تحقيق سيد عمران - دار الحديث - مصر - ج 1 - ص 14 وما بعدها .

وفى الفقه المالكى يقول أحدهم : "ومن تزوج أمًا بعد ابنة أو ابنة بعد أم دخل بها أو بأحدهما أو لم يدخل بواحدة منهما ثم ماتت فلا ميراث لواحدة منهما منه" كزوجة "ومن تزوج بالنكاح وورثته بالنسب وورثته أولادهن... ولا ترثه الأم بالنكاح شيئاً... ولا يرث المجوس ولا سائر أهل الذمة بنكاح ذوات المحارم من نسب أو رضاع ويرثون بها ولد من هذا النكاح" ⁽¹⁾

وفى فقه الشافعية: يقول الإمام الشافعى - رضى الله عنه - : "إذا أسلم المجوس وابنة الرجل امرأته.. نظرنا إلى أعظم السببين فورثناها به وأغنيا الآخر . فترث باعتبارها ابنته" ⁽²⁾ . ويعلق الماوردى قائلاً : "سقط التورث بالنكاح لفساده وتوارثوا بالقرابة المفردة بالاتفاق" ⁽³⁾

وعند الحنابلة : "لا توارث بالأنكحة المحرمة كذوى المحارم، وكذا ما لا يقرون عليه لو أسلما مثل نكاح الأخت من الرضاة والمطلقة ثلاثاً وأم الزوجة" ⁽⁴⁾

وفى الفقه الشيعى : يقول بعضهم : "ولا يرث المجوس بالنكاح الفاسد فإن مات المجوس وترك أمه وهى امرأته فالمال لها من قبل أنها أم وليس لها من قبل إنها زوجة شيء" ⁽⁵⁾

- (1) الإمام : أبى عمر يوسف بن عبد الله القرطبى - الكافى فى فقه أهل المدينة المالكى - ص 557 ، 558 .
 (2) الأم - ج 3 - ص 12
 (3) الحاوى الكبير - ج 10 - ص 360
 (4) العلامة البهوتى - الروض المربع - ص 333 ، 334 . وكشاف القناع عن متن الانقاع ج 4 - ص 478 ، 488 .
 (5) العلامة الشوكى - التوضيح فى الجمع بين المقنع والتقيع ج 2 - ص 910 ، 911 . والعلامة البهوتى أيضاً - فى شرح منتهى الإرادات - ج 2 - ص 616 .
 617 . د/ محمد سليمان الأشقر - المحلى فى الفقه الحنبلى - ج 2 - ص 576

الشرعية الإسلامية التي تحافظ على القواسم المشتركة للإنسانية مع غير المسلمين ولا تعبأ بما لا يمس هذه المعاني الإنسانية من الفروع. (1)

خامساً : اتفق الفقهاء على اعتبار اختلاف الدين مانعاً من التوارث فى حق غير المسلمين، ولكنهم اختلفوا فى بيان المقصود باتفاق أو اختلاف الدين والملة على النحو التالى :

فالمالكية والحنابلة : على أن غير المسلمين ملل متعددة لا يرث بعضها من بعض فاليهودية ملة لا ترث من النصرانية، وعباد الشمس ملة، وعباد الأوثان ملة وحجتهم فى ذلك حديث رسول الله ﷺ الذى قال فيه : " لا يتوارث أهل ملتين شتى " فهذا نص صريح فى منع التوريث عند اختلاف الملة .

بينما ذهب الحنفية والشافعية إلى أن جميع غير المسلمين ملة واحدة يجمع بينهم الشرك بالله - تعالى - ، واستدلوا بنصوص من القرآن الكريم منها قول الله - تعالى - ﴿ فَمَاذَا يَحْكُمُ الْحَقُّ إِلَّا الضَّلَالُ ﴾ (2) : فالإسلام هو الحق والضلال هو ما عدا الإسلام، وقول الله تعالى ﴿وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾ (3) فمبنى الميراث على المولاة والتناصر وهم جميعاً أولياء بعض .

والراجح هو ما ذهب إليه أصحاب الرأى الأخير [الحنفية والشافعية] لقوة ما استدلوا به وأيضاً : المطلق فى الحديث المذكور يحمل على المقيّد

(1) انظر فى عرض الأقوال الثلاثة وأدلتها تفصيلاً والراجح فيها موضع سابق من هذا الفصل ص202 وما بعدها

(2) سورة يونس - جزء آية 32 .

(3) الأنفال - جزء آية 73 .

ولم يخرق هذا المبدأ إلا أحد العلماء (1) " ولا سند له فى ذلك " حيث يقول: "أما الزوجان إذا كانا غير مسلمين فإن كانت زوجياتهما صحيحة فى حكم دينهما ولكنها غير صحيحة فى حكم الإسلام فإنه يثبت بها التوارث سواء كانا زوجها مما يقران عليه لو أسلما كالزواج بغير شهود والزواج فى العدة من زوج آخر غير مسلم أو مما لا يقرون عليه لو أسلما كالزواج بالمحارم " وقد سبق تفنيد هذا القول (2) الذى بنى على الخلط بين الزواج الفاسد والباطل بين الزواج الذى يصلح بقاؤه والزواج الذى لا يصلح ابتداءه ويصلح بقاؤه .

وأنتهى مع هؤلاء الفقهاء إلى أن الزواج الباطل ابتداءً وبقاءً والذى لا يقر غير المسلمين عليه بل على فرض إسلامهم فالزواج بين المحارم لا يتم التوارث به فى الإسلام .

ولكن ماذا لو كان الزواج فسد ابتداءً وصلح بقاءً هل يتم به التوارث ؟ وذلك بأن تم الزواج فى عدة الزوجة من زوج سابق غير مسلم، أو تم الزواج بدون شهود أو بدون ولي أو غيرها من المفسدات التى يصلح بقاء النكاح معه لديهم . وقد سبق عرض هذه الجزئية واتضح وجود ثلاثة أقوال عند الفقهاء أرجحها قول الحنفية والحنابلة أنهم يتوارثون بهذه الأنكحة متى أسلموا أو تحاكموا إلى القاضى المسلم، وذلك لموافقة هذا القول لروح

(1) الشيخ / محمد بن على بن الحسين القمى - من لا يحضره الفقيه - ج 4 - ص252 ، 253 .

د/ بدران أبو العنين بدران - أحكام التركات والموارث فى الشريعة الإسلامية والقانون 1966م - دار المعارف - ص127 ، 128

(2) موضع سابق من هذا الفصل ص201

"فأصل فكرة المعاملة بالمثل فى هذا الموضع منبثقة من فقه الحنفية والشافعية، لأنه من المؤكد أن التوارث بين دولتين متحاربتين ولا عصمة بينهما أمراً لا يمكن حصوله أبداً وفى ذات الوقت كان هذا الشرط للتوارث معقولاً ومقبولاً، وهو أمر متروك للحاكم ينظمه حسبما تملى عليه مصلحة الأمة، ولا يوجد فى الشرع ما يمنعه من ذلك." (1)

سابعاً: عندما يتوارث الزوجان غير المسلمين سواء اتحدا فى الدين والملة والطائفة أو اختلفا، وسواء كانا تابعين لبلد واحد أو كانا مختلفين التابعة، وكان زواجهما صحيحاً فى حكم الشريعة الإسلامية على النحو السابق، ووفق معتقدهما، فعلى أى شريعة يتم التوارث وتوزيع الأنصبة وتحديد الوارثين وحصة كل واحد منهم؟

بالبحث فى أقوال الفقهاء اتضح أن هناك أحوالاً تحكم كل واحدة شريعة أو ملة (2) مختلفة عن الأخرى، ولبيان هذه الأحوال وما تحكم به من شريعة أو ملة أوردها متعاقبة على النحو التالى :-

الحالة الأولى: وتتمثل فيما إذا لم يتراجع أحد الورثة إلى القضاء وتم التوارث بطريقة التراضى بين الورثة.

(1) انظر فى القول باعتماد المقتن المصرى لمذهب المالكية والحنابلة فى المادة السادسة من القانون رقم 77 لسنة 1943م، د/ محمد حسنين قنديل - دراسات ص478، والشيخ/ محمد حسنين مخلوف - الوارث ... ص34، د/ أحمد فراج حسين - أحكام التركات والمواريث - ص94، 95.

(2) ولقد صرحت فى المتن بلفظى شريعة وملة وذلك لوجودهما لدى الفقهاء قديماً وحديثاً ومعرفة غير المسلمين بهما حيث يوجد لديهم هذه الألفاظ، وقد استخدمت هذه الألفاظ فى الشرع أيضاً

فى الحديث الثانى وهو قول النبى ﷺ: "لا يرث المسلم الكافر ولا يرث الكافر المسلم" وهذا ما رجحه جمع كبير من علمائنا المحدثين (1) وهو ما اعتد به القانون المصرى فى مادته السادسة من القانون رقم 77 لسنة 1943م بقولها: "ويتوارث غير المسلمين بعضهم من بعض" (2)

سادساً: - اختلاف الفقهاء فى الاعتداد باختلاف الدار "الجنسية" فى المنع من الميراث بين غير المسلمين.

فذهب المالكية والحنابلة والشيعة إلى عدم الاعتداد باختلاف الدار لمنع التوارث بين غير المسلمين، فيرث الوطنى منهم الأجنبى، وكذا بالعكس، وذلك لأن المنع من الميراث عقوبة، ولا عقوبة إلا بنص.

وذهب الحنفية والشافعية إلى الاعتداد باختلاف الدار ولكن بشرط ارتقاء العصمة بين البلدين، بمعنى أن كل واحدة منها تستحل دماء الأخرى أما إذا كانا فى حالة سلام وتعاون فلا مانع من الميراث.

الذى يصلح تشكيكه بحسب الزمان والمكان، فقد يأخذ صورة المعاملة بالمثل، وقد يأخذ صورة قطع العلاقات الدبلوماسية، وقد أخذ القانون المصرى على ما بدى لى بما ذهب إليه الحنفية والشافعية مع تغيير القيد والوصف فقد نصت المادة السادسة من القانون رقم 77 سنة 1943م بقولها: "واختلاف الدارين لا يمنع من الإرث بين المسلمين، ولا يمنع بين غير المسلمين إلا إذا كانت شريعة الدار الأجنبية تمنع توريث الأجنبى عنها

(1) د/ محمد حسنين قنديل - دراسات - ص477، 478 - د/ شوقي الساهى

عدالة الإسلام فى أحكام الواريث - ط1 - ص107، 108، د/ ياسين أحمد درادكة - الميراث فى الشريعة الإسلامية - ص139

(2) انظر الوقائع المصرية 12 / 8 / 1943م - عدد 92 .

والذى يحدد الشريعة أو الملة هنا هى إرادة الورثة جميعاً سواء تم التوارث طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، أو ملة أو مذهب جميع الورثة أو أحدهم، أو تم التوارث بالاتفاق المباشر وبدون تحكيم شرع أو ملة فى ذلك ويستدل لهذه الحالة بالآتى :-

فمن جهة : أنه لا يوجد إلزام على الورثة باللجوء إلى القضاء لتوزيع التركة متى تم ذلك بالتراضى بينهم، ويستوى فى هذا المسلمون وغير المسلمين، وبالتالي لا يفرض القضاء نفسه فى توزيع تركة لم ينازع فيها لديه، وهذا بمقتضى العقل والعرف، وهو جار فى كل زمان ومكان. وقد يستتلى حالة وجود قصر فى التركة .

ومن جهة أخرى : فإن إقرارهم على معتقداتهم فيما لا يتجاوزهم وفى نطاق معتقداتهم وفى إطار الأحوال الشخصية، وبما لا يمس كيان المجتمع داخلياً فى نطاق حماية حرّيتهم فى التدين وممارسة عقائدهم حتى جاءت القاعدة الفقهية التى تقول "إننا أمرنا بتركهم وما يدينون" (1)

(1) انظر فى عرض هذه القاعدة وشرحها ، وهى قاعدة فقهية وليست حديثاً مما توهم فى كثرة تردّد الفقهاء لها - الشيخ / أبو زهرة - العلاقات الدولية فى الإسلام - دار الفكر العربى 1415هـ / 1995م - ص 67 . د/ يوسف القرضاوى - فتاوى معاصرة - دار الوفاء - ج 2 - ص 678 . الشيخ/ السيد سابق - فقه السنة - مجلد 3 - ص 73 . د/ محمد سليم العوا - حوار الأقباط والإسلام - ص 44 وما بعدها . د/ سورحمى هدايات - التعايش السلمى بين المسلمون وغيرهم داخل دولة واحدة - دار السلام - ط 1 1421هـ / 2001م - القاهرة - ص 326 وما بعدها . د/ عبد الحسيب رضوان - القاضى والبيئة - رسالة دكتوراة - ص 117 . الشيخ المراغى - التشريع الإسلامى لغير المسلمين - مكتبة الآداب - ص 55

ومن جهة ثالثة : كان هذا هو فهم السلف الصالح فى علاقتهم بغير المسلمين الذين تعايشوا معهم، حتى قال الإمام الحسن البصرى - رضى الله عنه - : "خلوا بين أهل الكتاب وبين حاكمهم، فإذا تراءفوا إليكم فأقيموا عليهم ما فى كتابكم" (1) وتابعه أبو حنيفة - رضى الله عنه - فقال : "فإذا تراءفوا إلينا وجب الحكم بينهم بما فى شرع الله - تعالى" (2) ومن جهة رابعة : أقام الفقهاء شرطاً سالياً لاختصاص القضاء الإسلامى مقتضاه كما يقول ابن القيم : "أن لا يتحاكموا إلينا، فإن تحاكموا إلينا حكمنا عليهم بما فى شريعتنا" (3)

ومن جهة خامسة : فقد نسب هذا الإقرار إلى السنة فقد قال الزهرى: "مضت السنة أن يرد أهل الكتاب فى حقوقهم ومواريتهم إلى أهل دينهم إلا أن يأتوا راغبين فى حكم الله تعالى فيحكم بينهم بكتاب الله - تعالى -" (4)

ومن جهة سادسة : فقد صرح بهذا بعض الفقهاء فقد ورد فى المسبوط : "إن الكفار إن لم يترافعوا يتوارثون بشروطهم وشريعتهم هم" (5) (1) الأثر عن الإمام الحسن أو ردة الإمام الجصاص فى - أحكام القرآن الكريم - دار إحياء التراث - ج 4 - ص 87 (2) الشيخ/ عبد الله مصطفى المراغى - التشريع الإسلامى لغير المسلمين - مكتبة الآداب بالجاميز - ص 41 . (3) أحكام أهل النمة - دار الحديث - ج 1 - ص 273 (4) أورده الإمام القرطبى فى - الجامع لأحكام القرآن الكريم - ج 6 - ص 185 (5) السرخسى الحنفى - المبسوط - دار المعرفى - بيروت - ج 29 - ص 30

ووضع بعض الفقه الترافع شرطاً للحكم بينهم فى الموارث فقال : " وإذا توافوا إلينا قسمنا عليهم كالقسمة بين المسلمين " (1)

الحالة الثانية :- الميراث الذى تم تقسيمه قبل إسلام أحد الورثة أو جميعهم فإذا أسلم أحد الورثة بعد قسمة التركة فى أثناء الكفر فهل يؤثر إسلامهم أو إسلام أحدهم على ما تم من ميراث قبل الإسلام ؟

للفقهاء فى ذلك قولان :-

القول الأول : قال به ابن حزم الظاهرى - رضى الله عنه - (2) حيث يقول : " ومن مات له مورث وهما كافرين ثم أسلم الحى أخذ ميراثه على سنة الإسلام ولا تقسم موارث أهل الذمة إلا على قسم الله - تعالى - الموارث فى القرآن الكريم واستدل على ذلك بقول الله تعالى : " وَمَنْ يَبْتَغِ غَيْرَ الْإِسْلَامِ دِينًا فَلَنْ يُقْبَلَ مِنْهُ وَهُوَ فِي الْآخِرَةِ مِنَ الْخَاسِرِينَ " (3) وقوله تعالى : ﴿ أَفَحُكْمَ الْجَاهِلِيَّةِ يَبْغُونَ وَمَنْ أَحْسَنُ مِنَ اللَّهِ حُكْمًا لِّقَوْمٍ يُوقِنُونَ ﴾ (4) ثم يقول ولا أعجب ممن يدع حكم الله - تعالى - ليحتكم إلى حكم الشيطان وقد احتكم قوم يهود إلى سيدنا عمر بن الخطاب فى ميراث فزجرهم وأمرهم بالحق الذى ورد فى الشرع الخفيف

(1) الإمام الموصلى - الاختيار لتعليل المختار - مكتبة محمد على صبيح - ج 5 - ص 162

(2) المحلى - دار الأفاق ... - ص 307 ، 308

(3) سورة آل عمران - آية 85

(4) سورة المائدة - آية 50

وكتب عمر بن عبد العزيز إلى حيان بن شريح أن اجعل موارث أهل الذمة على فرائض الله - تعالى - " (1)

القول الثانى : وقال به بعض الحنفية (2) والمالكية (3) وبعض الحنابلة (4) وبعض الشيعة (5) وقالوا : بأن الميراث الذى قسم قبل الإسلام فهو على ما قسم عليه واستدلوا على ذلك بالآتى :-

أولاً : قال رسول الله ﷺ : " كل قسم فى الجاهلية فهو على ما قسم ، وكل قسم أدركه الإسلام فهو على قسم الإسلام " (6) والوجه من الحديث أن رسول الله ﷺ قرر أن القسمة التى تمت قبل الإسلام فهى على ما تمت عليه وإنما العبرة فيما لم يقسم بعد فهو على قسمة الإسلام .

ثانياً : قال رسول الله ﷺ : " ما كان من ميراث قسم فى الجاهلية فهو على قسمة الجاهلية ، وما كان من ميراث أدركه الإسلام فهو على

(1) ابن حزم - المحلى بالآثار - تصحيح الشيخ/ أحمد محمد شاكر - دار الأفاق الجديدة - ج 9 - ص 307

(2) ابن حزم - المحلى ص 307

(3) السرخسى - شرح السير الكبير - تحقيق عبد العزيز أحمد - ج 5 - ص 1899

(4) الشيخ/ أبى عمر يوسف القرطبى - الكافى فى فقه أهل المدينة المالكية - دار الكتب

العامية - بيروت ص 560

(5) الإمام/ البهوتى - شرح منتهى الإرادات مصححه على نسخة خطية محفوظة بدار

الكتب الأزهرية - دار الفكر - ج 2 - ص 616 ، 617

(6) الشيخ/ محمد بن الحسن الحر العاملى - وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة -

تصحيح الشيخ/ محمد الرازى - ج 2 من مجلد 8 ص 383 ، 384 .

التعليق على القولين السابقين

فى الواقع أن الأدلة التى استدلت بها ابن حزم أدلة عامة فى كل أحكام القضاء بين المسلمين وغيرهم، وأن الأدلة التى أوردها الفريق الثانى أدلة خاصة فى مسائل موارث غير المسلمين وأنها على ذلك مخصصة لعموم ما أورده ابن حزم، ولذلك فالراجح هنا هو القول الثانى لقيامه على أدلة خاصة بالموضوع، ولا تركازة على أسس من الواقعية والثبات.

الحالة الثالثة : حينما يحتكم غير المسلمين إلى القضاء الإسلامى قبل تقسيم التركة أو يسلموا وكانوا من الوطنيين

قد يحتكم الوطنيون من غير المسلمين "الذمين" إلى القضاء الإسلامى لتقسيم تركة غير مسلم قبل أو فى أثناء التقسيم لها، أو قد يسلم هؤلاء أو أحدهم قبل تقسيم التركة أو فى أثناءها، وقد كان جميع أطراف التوارث "وارث، ومورث وتركة" وطنيين فما هى الشريعة أو الملة التى تقسم التركة وتحدد النصب ويعين الورثة طبقاً لها ؟

فى الحالة الثالثة قرر الفقهاء الخضوع لأحكام الشريعة الإسلامية على غير المسلمين الوطنيين أو على من أسلم، ولم أقرأ لمخالف فى ذلك، بل إن منهم من صرح بذلك وجزم به كابن حزم حيث يقول : "ومن مات له مورث وهما كافران ثم أسلم الحى أخذ ميراثه على سنة الإسلام ولا تقسم موارث أهل الذمة إلا على قسم الله تعالى الموارث فى القرآن الكريم" (1) وقد صرح به البعض قائلًا : "وإن تحاكم إلينا أهل الذمة فى موارثهم

(1) المطى بالآثار - ج 9 - ص 307

قسمة الإسلام" (1) والوجه منه كالأول فى تأكيد ثبات القسمة قبل الإسلام.

ثالثاً : قال رسول الله ﷺ : "من أسلم على شيء فهو له" (2) فمن أسلم على ميراث اقتسمه قبل الإسلام فهو على ما اقتسمه.

رابعاً : ما أثر عن على - كرم الله وجهه - أنه كان يقضى فى الموارث فيما أدرك الإسلام من مال مشترك تركه لم يكن قسم قبل الإسلام أنه كان يجعل للنساء والرجال حظوظهم منه على كتاب الله - عز وجل - وسنة نبيه ﷺ (3)

خامساً : إنه لا بد من استقرار المراكز المالية وهذا يتأتى بالإقرار بالموارث التى تمت قبل الإسلام.

(1) أخرجه أبو داود فى سننه " 3 / 1274 " حديث رقم 2914 . وابن ماجه فى سننه " 2 / 831 " حديث رقم 2485 وكلاهما عن طريق عمرو بن أبى دينار عن أبى الشفاء عن ابن عباس ، وقال المحقق الشيخ/ سيد عمران: الحديث صحيح .
أخرجه ابن ماجه فى سننه " 3 / 490 " حديث رقم 2749 من طريق عبد الله بن لهيعة عن عقيل أنه سمع نافعاً يخبر عن عبد الله بن عمر وفى إسناده ابن لهيعة مدلس . والحديث ضعيف .

(2) كرواه أحمد فى مسنده " 5 / 230 " حديث رقم 23058 من طريق يحيى بن يعمر .
والحاكم فى المستدرک " 4 / 383 " حديث رقم 8006 من طريق يحيى بن يعمر عن أبى الأسود عن معاذ بن جبل ، وقال هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجه الشيخان .
(3) الأثر رواه سهل بن زياد ... عن أبى حمزة عن أبى جعفر الصادق - رضى الله عنه - عن على كرم الله وجهه وسائل الشيعة - ج 2 من المجلد 8 ص 383

واختار الحاكم "القاضي" الحكم بينهم حكم بينهم بحكم الإسلام⁽¹⁾ وهذا ما أكدته السرخسي قائلاً: "إذا أسلموا أو تحاكموا إلينا ورثوا بقواعد وشروط الإسلام في الموارث"⁽²⁾

وهو أمر ثابت عن فقهاء الشيعة فيقول بعضهم: "إن علياً - رضى الله عنه - كان يقضى في الموارث فيما أدرك الإسلام من مال مشترك لم يكن قسم قبل الإسلام أنه كان يجعل للنساء والرجال حظوظهم منه على كتاب الله - عز وجل - وسنة نبيه ﷺ وقال: إن أهل الكتاب والمجوس يورثون ويورثون ميراث الإسلام"⁽³⁾ ولم يذكر بعض الفقهاء هذا صراحة

(1) الشيخ/ أبى عمر القرطبي - الكافي في فقه أهل المدينة المالكي - دار الليث العلمية -

بيروت - ص 560

(2) المبسوط - ص 29 ، ص 30 ، 31 وقد نص على ذلك صاحب الاختيار فقال: "

وإذا توافروا إلينا قسمنا بينهم كالتقسمة بين المسلمين " والإمام الموصلي - ج 5 ، ص 162 . وهو ما عني به القورى في تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق بقوله

: " وإذا تحاكم إلينا أهل الكفر في قسمة المال قمنا بذلك فيما بينهم على حكمنا دون

حكمهم " المكتبة الماجدية - ج 8 - ص 503

(3) انظر على سبيل المثال : البهوتي - شرح منتهى الإرادات - ج 2 - ص 616 ،

617 . العلامة الشوكي - الوضوح في الجمع بين المقتنع والتقنيع - ج 2 -

ص 910 ، 911 . الشيخ / أبى جعفر الطحاوى - مختصر اختلاف العلماء - دار

البيانات الإسلامية - ج 4 - ص 448 ، 449 . الشيخ/ الماوردى - الحاوى الكبير

- دار الفكر - ج 10 - ص 360 ، 361 . العلامة/ علاء الدين المررداوى -

الأنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل - دار

إحياء التراث العربى - ج 7 - ص 350 ، 351 . الإمام/ ابن شهاب الرملسى -

نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج - مكتبة مصطفى البابى الحلبي - ج 5 - ص 27

وما بعدها . الفتاوى الهندية - دار إحياء التراث العربى - ج 6 - ص 454 وما

بعدها . الإمام/ أبى يحيى زكريا الأنصارى - من أسنى المطالب شرح=

لكن أقوالهم وتوريتهم لغير المسلمين جاء وفق أحكام الميراث فى الإسلام بلا مخالفة بما يعنى أن الحكم بينهم عند تحاكمهم إلى القضاء الإسلامى يكون وفق أحكام الإسلام⁽¹⁾

واستدلوا لذلك بأدلة كثيرة منها :-

أولاً : قال تعالى : ﴿ فَإِنْ جَاءُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ وَإِنْ تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَنْ يَضُرُّوكَ شَيْئًا وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ ﴾ (2) فقد حدد النص الكريم المحكوم به وهو القسط

والعدل وهذا القسط وذلك العدل هو ما بنيت عليه شريعة الإسلام فوجب

الحكم بالموارث فى شرع الإسلام .

ثانياً : يقول الحق - تعالى - : ﴿ وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ ﴾ (3) فلفظ الناس عام يشمل المسلمين وغير المسلمين، والمحكوم به العدل المتمثل فيما شرع الله تعالى على لسان رسول ﷺ وهذه الآية الآمرة بالعدل جاءت فى ذات السورة التى حددت الموارث .

ثالثاً : قول الله - تعالى - ﴿ إِنَّا أَنْزَلْنَاهُ إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ وَلَا تَكُنْ لِلْخَائِثِينَ خَصِيماً ﴾ (4) لتحكم بين الناس مسلمهم وغيره بما أراك من قرآن وسنة .

= روض الطالب - المكتبة الإسلامية - ج 3 - ص 16 ، 17 . الشيخ/ أبى جعفر

بابوية القمى - من لا يحضره الفقيه - مؤسسة الأعلمى - بيروت - ج 4 -

ص 252 وما بعدها

(1) سورة المائدة - آية 42 .

(2) جزء الآية 58 من سورة النساء

(3) آية 105 - سورة النساء

(4) جزء الآية 49 - سورة المائدة .

سابقاً : ما روى عن الحسن قال فى شأن أهل الذمة يحكم عليهم بما فى كتابنا . (1)

ثامناً : ومن المعقول أن غير المسلمين بشر يتظالمون ولا بد من إقامة العدل بينهم وخاصة فى مواريتهم التى يتحاطمون فيها إلى القضاء إحقاقاً للحق ودفعاً للفساد والظلم .

وعلى هذا فإذا تداعى أحد الورثة فى تركة غير مسلم وكان أحد أطراف التوارث وطنياً غير مسلم وجب على القاضى أن يحكم بينهم ومن ثم يقسم الميراث وفق أحكام الشريعة الإسلامية كما يقسم بين المسلمين، وكذلك الحال لو أسلم أحد الورثة قبل قسمة التركة .

الحالة الرابعة :- إذا كان أطراف التوارث من غير المسلمين وغير الوطنيين " مستأمنين أو غير مسلمين [أجانب] " .

إذا ترفع إلى القضاء الإسلامى أجانب غير مسلمين بمناسبة نزاع حول تقسيم تركة متوفى فما هى الشريعة أو الملة التى يعملها القاضى المسلم حسماً لهذا النزاع ؟

لا ريب أن الذى كان فى الحالة السابقة " الثالثة " كان فيه الجواب عن السؤال المائل، وأن الفقهاء متمسكون بإعمال أحكام الشريعة الإسلامية وعلى القاضى الالتزام بذلك استناداً إلى الأدلة المشار إليها آنفاً، وأن قول الفقهاء هذا لهُو القول الأول فى هذه الحالة المائلة، وأدلتهم هى بذاتها الأدلة المعروضة من قبل وكان من المفترض أن أتوقف عند تمام الحالة الثالثة وألا أقحم نفسى بالبحث فى أرض كلها ألقام، بيد أن واقعاً

(1) انظر بالتفصيل الشيخ/ محمد العاظمى - وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة - ج2 من المجلد الثامن ص383، 384

رابعاً : قوله - تعالى - : ﴿ وَأَن آخِضُ بِهِمْ مَا أَنزَلُ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَآخِذْهُمْ بِمَا يَفْتُونَكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ ﴾ (1) ، فالذى أنزل عليه هو الشرع الحنيف وليس معتقداتهم .

خامساً : قال ﷺ " القضاء ثلاثة وفيهم رجلاً عرف الحق وقضى به " (2) ولا يمكن أن يكون حقاً إذا خالف القرآن والسنة .

سادساً : ما روى عن الحسن - رضى الله عنه - قال : " خلوا بين أهل الكتاب وبين حاكمهم فإذا ترفعوا إليكم فأقيموا عليهم ما فى كتابكم " (3) حتى قال أبو حنيفة : " إذا ترفعوا إلينا وجب الحكم بينهم بما فى شرع الله تعالى " (4) وقال الجصاص : " قال أصحابنا - الحنفية - أهل الذمة محمولون فى البيوع والميراث وسائر العقود على أحكام الإسلام " (5)

(1) الجامع الكبير للترمذى - تحقيق : د/ بشار عواد معروف - دار الغرب الإسلامى - ط

1 1996م مجلد 3 أبواب الأحكام - باب 3 - ما جاء فى القاضى كيف يقضى -

حديث رقم 1327 - ص9 ، 10 . وسنن ابن ماجه - ج2 كتاب الأحكام - باب 3

- حديث رقم 2315 - ص776 .

(2) أورده الجصاص - أحكام القرآن الكريم - دار إحياء التراث العربى - ج4 -

ص87

(3) الشيخ المراكى - التشريع الإسلامى لغير المسلمين - ص41

(4) أحكام القرآن الكريم - ج4 - ص89

(5) المراكى - التشريع الإسلامى - ص42 . ابن رشد القرطبى شرح بداية المجتهد

ونهاية المقتصد - تحقيق : د/ عبد الله العباد

- دار السلام - ج2 - ص394 .

الترتيب الشرعية "الملقية" أو أن تلتزم عذراً في ديانة المتقاضين أمامها...⁽¹⁾

ثم يعود قائلاً: "وليس من شك في أن هناك حرجاً شديداً في أن يطلب إلى قاض ديني تطبيق شريعة دينية أو مدنية أجنبية عليه إذ أن ذلك يتنافى مع كيان مهنته القضائية ومع عقيدته التي تملى عليه وجوب تغليب أحكام دينه"⁽²⁾

وتخلصاً من هذا الحرج فقد قرر المقتن رفع الحرج عن تطبيق الأحكام الشرعية لأنه رأى المصلحة في ذلك فسلك طريق منع سماع الدعوى "المادة 99 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الملفية"⁽³⁾

ولعل هذا هو الأساس الذي قامت عليه نظرية التخلي في القانون المدني الملفي وذلك بالمادة 865 التي كانت تجيز التخلي في القانون السابق.⁽⁴⁾

بينما كان الخلاص لدى آخرين باللجوء إلى الدفع بالنظام العام تخلصاً من إعمال قانون أجنبي مخالف للشريعة عينته قاعدة الإسناد الوطنية: "فإن القانون الإماراتي قد أخضع الميراث لقانون جنسية المتوفى وقت وفاته مع إمكانية استبعاد القانون الأجنبي إن كان مخالفاً للشريعة الإسلامية أو للنظام العام في الدولة فإنما يكون قد قصد لاستبعاد القانون

(1) حامد زكي - مواريث - ص 633 .

(2) حامد زكي - مواريث - ص 634 .

(3) حامد زكي - مواريث - ص 634 .

(4) وفي عرضها والتعليق عليها وعلى غيرها : د/ إبراهيم أحمد إبراهيم - القانون الدولي الخاص - الاختصاص القضائي الدولي والآثار الدولية للأحكام 1991م - ج 2 - الكتاب الأول - ص 66 ، 67 .

يفرض نفسه على بساط البحث، بما يجعل تجاهله كبيرة في ميدان البحث العلمي ثم إنني قد وجدت من الفقه الحديث من يقرر إعمال القاضى المسلم للقانون الشخصى للأجانب غير المسلمين، فما وجهتهم فى ذلك وما دليلهم عليه ؟

لقد ذهب المقتن المصرى إلى وضع قاعدة إسناد تحدد القانون الذى يحكم الميراث وهو قانون المورث الذى قد يكون قانوناً أجنبياً، وقد يكون مثل هذا الوضع الجديد حرجاً على القضاة الذين وجدوا أنفسهم فى وضع لا يحسدون عليه بين قوانين ملزمة، وأحكام الشرع الحنيف اللازمة الجازمة وإزاء هذا الحرج فقد حاول البعض تبرير هذا الأمر حتى يزال الحرج من على هؤلاء القضاة ويقرر هذه الحقيقة البعض⁽¹⁾ قائلاً: بأن رفع دعاوى الأحوال الشخصية للأتراك أمام المحاكم الشرعية يمثل حرجاً للقضاء الشرعى حيث سيلزم بإعمال القانون المدنى التركى الذى يسوى بين الذكر والأنثى فى الميراث وهى على العموم تختلف مع الشريعة الفراء، مما دفع إلى القول بوجود التفرقة بين المسلم وغير المسلم من الأتراك ليخضع غير المسلم للقضاء الملى ويخضع المسلم للمحاكم الشرعية.⁽²⁾

ولا يمكن للمحاكم الشرعية أن تقلت من تطبيق حكم المعاهدة بين مصر وتركيا [يدعى أنها قضائية دينية وأنه محتوم عليها أن تطبق أحكام الشريعة الإسلامية وفقاً للمذهب الحنفى " 280، 281 من لائحة

(1) حامد زكى - مواريث الرعايا الأتراك فى مصر - مجلة القانون والاقتصاد -

السنة 18 - ص 637

(2) حامد زكى - مواريث - ص 638.

ويشير أيضاً إلى ما جاء في الاقتناع أن الإمام لا يأخذ بأحكام الإسلام فيما يعتقدون حله كشرب الخمر ونكاح المحارم أو يرون صحته من العقود ولو رضوا بحكمنا... ولو تزوج اليهودى بنت أخته أو أخته كان ولده منها يلحقه ويرثه باتفاق المسلمين وإن كان النكاح باطلاً باتفاق المسلمين (1)

كما يورد سيادته كلام الأستاذ أبي الأعلى المودودي حيث يقول : فإنه في خصوص مسائل أو قانون الأسرة توجب الشريعة الإسلامية أن نتركهم وما يدينون فأحكامها لا تخاطبهم في شأن تلك المسائل وعلى المحاكم في الدولة الإسلامية أن تراعى ذلك فيجب أن تفصل في منازعاتهم عاملة بقانونهم (2)

وقد قال صاحب جواهر الأكليل مثل ذلك حيث يقول : " ويحكم بين الكفار في الموارث كالحكم بين المسلمين إذا تراضوا جميعاً على ذلك ، فإن كانوا كتابيين " من أهل الكتاب " يحكم بينهم بحكمهم " (3)

للتعليق : من الواضح أن الذي ورد آنفاً إنما كان في إطار التبرير للوضع القانوني الحالي ولكن يلاحظ عليه الآتي :

- (1) حقوق أهل الذمة في الدولة الإسلامية - الدار السعودية للنشر والتوزيع طبعة 1988م - ص 22 ، ومؤلفه : نظرية الإسلام وهدية في السياسة والقانون والدستور - ص 186 وما بعدها . وقد أشار إليه د/ أحمد سلامة - مبادئ .. - ص 155 .
- (2) الشيخ/ صالح عبد السميع الأبي الأزهرى - جواهر الأكليل شرح مختصر العلامة خليل في مذهب الإمام مالك - دار الفكر - بيروت - ج 2 - ص 338 ، 339 .
- (3) وقد ذكر د/ سيف رجب قزامل في المناقشة العلنية أن الجمهور على أن الأصول الخمسة لمقاصد الشريعة محرمة في كل الشرائع بالرغم من التبديل والكتمان

الأجنبي ، وصول الاختلاف بينه وبين القانون الإماراتي إلى الدرجة التي يمس فيها هذا القانون الأسس التي يقوم عليها " (1)

ولكن الأمر وصل إلى القمة عند البعض حينما قرر صراحة بأن : "مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين من الأجانب والتي لا يكون أحد أطرافها مسلماً تخضع للقانون الشخصي لهم وذلك بموجب قاعدة إسناد تتخذ من ديانة الأطراف ونوعية الدعوى ضابطاً لها " (2)

ليعود سيادته قائلاً : " فيرى غالب الفقهاء أن نتركهم وما يدينون فلهم حريتهم في مجال الأحوال الشخصية إذ يتبعون منها ما يأمرهم به دينهم " (3)

ليورد ماروي أن عمر بن عبد العزيز - رضى الله عنه - كتب إلى الحسن البصري - رضى الله عنه - يقول له : " ما بال الخلفاء الراشدين تركوا غير المسلمين وما هم عليه من نكاح المحارم وشرب الخمر وأكل الخنزير . فرد عليه الحسن بقوله : " إنما بذلوا الجزية لتركوا وما يعتقدون وإنما أنت متبع ولست بمبتدع والسلام " (4)

(1) د/ عكاشة عبد العال - دراسات في القانون الدولي الخاص الإماراتي

ص 255 . وانظر : د/ حامد زكي - مواريث ص 644 ، 645 .

(2) د/ أحمد سلامة - مبادئ القانون الدولي الخاص الإسلامي المقارن - دار النهضة العربية - 1409 هـ / 1989 م - ص 154

د/ أحمد سلامة - مبادئ - ص 154 .

(3) أورده السرخسي - المبسوط - دار المعرفة - بيروت - ج 5 - ص 39

(4) الشيخ/ الشربيني الخطيب - الإقناع في حل ألفاظ أبي الشجاع - المطبعة العامرة -

مصر - ص 46 ، 47 . الشيخ/ الهوتى - كشف القناع عن مثنى الإقناع - دار

الفكر - 1402 هـ / 1982 م - ج 3 - ص 127 . وقد أشار إليها د/ أحمد سلامة

- مبادئ - ص 155

فمن جهة : استند سيادته إلى قول بعض الفقهاء ومن المعلوم أن هذه الأقوال جاءت دونما دليل من الشرع الحنيف بل إنها لتعارض الأدلة الشرعية المذكورة آنفاً في الحالة الثالثة ومعلوم أنه لا اجتهاد مع النص .

ومن جهة أخرى فإن أقوال هؤلاء الفقهاء لتحمل في إطار ما سبق تقريره من هذه الأمور إذا دارت بين غير المسلمين بدون أن يلجأوا إلى القضاء فلا يعترض عليهم فيها كما هي الحالة الأولى . ليصل سيادته في النهاية إلى أن " الشريعة الإسلامية إذ تجيز الحكم بين غير المسلمين لا سيما المستأمنين وهم الأجانب بمقتضى شرائعهم في مسائل الأسرة فهي بذلك تسمح بتطبيق قانون أجنبي عليها " (1)

هذا التبرير للوضع القانوني الراهن لم يكن القضاء عنه بمعزل فقد ساقته إحدى المحاكم (2) في حكم لها : " أن المنصوص عليه شرعاً أنه يجب الحكم على أهل الكتاب في خصوماتهم متى توافوا إلينا بما أنزل الله وهو حكم الإسلام والقول بأن مما أنزل الله أن نتركهم وما يدينون فيكون الحكم بينهم طبقاً لشرائعهم حكماً بما أنزل الله، قول ينبو عنه مدلول اللفظ وضماً لأن معنى أن نتركهم وما يدينون أن لا نتعرض لهم فيما يدينون لا أن نحكم بينهم عند الترافع إلينا بما يدينون وقد خالف حكم الإسلام ولمخالفة ذلك لما أجمع عليه الفقهاء "

والمحكمة كما هو واضح تتبرأ من هذه التبرير وتؤكد على أن حكم الله يكون بمقتضى شرع الإسلام الحنيف لا بأحكام غير المسلمين

(1) / أحمد سلامة - مبادئ - ص 163

(2) في محكمة مصر الابتدائية الشرعية - 20 يناير 1942م - مجلة المحاماة الشرعية 1942م - السنة 15 - ص 49 وما بعدها ، وقد أشار إليه د/ أحمد سلامة - مبادئ - ص 156

التي أقرهم عليها المسلمون فيما بينهم لكن عند الاحتكام إلى القاضي المسلم فلا بد أن يعيدهم إلى الحق الذي ورد به الشرع الحنيف وهو فهم مطلب من المحكمة .

وفي إطار التبرير المائل بقرار البعض (1) أن القانون المعتبر في حالة مبررات المستأمن الذي يموت بمصر هو قانونه الأجنبي وذلك تقريراً على القول بأن مال المستأمن يوقف حالة موته في مصر أو في البلد من دار الإسلام ويسلم لورثته في بلاده لأن ذلك ما يوجبه عقد الاستئمان .

ولكن يؤخذ على هذا التبرير أنه إذا كان مقتضى الأمان هو الحفاظ على شخص ومال المستأمن، فإنه ليس من مقتضى هذا العقد إلزام المأضي المسلم بإعمال قانون أو ملة ذلك المستأمن وهذا لم يقل به أحد من أهل .

ولكن في النهاية لا بد من التسليم بأن القاضي ملزم بإعمال الشريعة الإسلامية فيما يعرض عليه وإلا كان آنفاً . يقول الشيخ أبو زهرة : " وإننا لا نرى من هذا الاستقراء والتتبع أن أحداً من فقهاء المسلمين رأى أن يعفى المستأمنون، وهم الذين يعبر عنهم في عصرنا الحاضر بالأجانب من القاضى أمام القاضي المسلم بقانون الإسلام، ويحاكمون أمام قاض من دولتهم وبمقتضى قانونهم، فإن ذلك لم يقله أحد ... وعلى ذلك تكون الاستنابات الأجنبية التي أعطاها سليمان القانوني أحد ملوك العثمانيين

(1) / استاذ / أحمد طه السنوسي - أثر اختلاف الدين والدارين في التشريع المصري - مجلة المحاماة - العدد الثالث - السنة الرابعة والثلاثون - ص 555

النتائج المترتبة على عرض القانون الواجب تطبيقه على ميراث الزوجين

تبين من العرض السابق وجود بعض جوانب الاتفاق بين القانون المصرى والفقهاء الإسلامى وأخرى للافتراق بينهما، وهذا يتضح من الآتى:-

أولاً:- أن جوانب الاتفاق بين القانون المصرى والفقهاء الإسلامى أكبر من الافتراق وذلك فى مسائل الميراث والتى تعد الشريعة الإسلامية فيها هى القانون الملزم فى الميراث بالنسبة لجميع المصريين مسلمين وغير مسلمين .

ثانياً:- أن القانون المصرى وتأثراً بالفقهاء الإسلامى قد أخرج مسائل الميراث من نطاق الأحوال الشخصية ووحد الاختصاص القانونى بها ووضع قواعد تشمل المسلمين وغير المسلمين، وقد ترك القانون المصرى ميراث الأجانب داخله فى إطار الأحوال الشخصية وهذا أيضاً تأثراً بالفقهاء الإسلامى .

ثالثاً:- أنه قد وجدت اتجاهات أربعة فى قاعدة الإسناد التى تشير إلى القانون الواجب تطبيقه على الميراث عامة وميراث الزوجين خاصة، وقد اتخذ أصحاب الاتجاه الأول من جنسية المورث ضابطاً للإسناد، على حين جعل الاتجاه الثانى آخر موطن للمورث، فقد جعله الاتجاه الثالث قانون موقع العقار للمعقارات وقانون آخر موطن للمتوفى فى المنقولات، بينما جعله الاتجاه الرابع قانون الإرادة .

= القانون والاقتصاد السنة 18 - ص 619 : 652 . أ/ أحمد طه السنوسى - أثر اختلاف الدين والدارين فى المنع من الميراث - مجلة المحاماة - ص 353 وما بعدها

للأوربين باطلة كل البطلان، وليس لها أساس شرعى وقد صارت من بعد غلا فى أعناق المسلمين ... " (1)

وهو ما يؤكد البعض أيضاً قائلاً: "أن القاضى المسلم لا يحكم إلا بأحكام الشريعة الإسلامية . وقد اتفق الفقهاء المسلمون فيما يخص هذه القاعدة على غالبية الأحكام " (2)

وبعد عرض هذه النقاط السبعة يمكننى القول بأن قاعدة الإسناد فى ميراث الزوجين فى حكم الإسلام تتمثل فى أن: "لا يرث المسلم ولا يورث إلا من مسلم، ولا يؤثر اختلاف الدين والدار فى توارث غير المسلمين، ولا يلتقت لما تم بين غير المسلمين فى الميراث رضاء، ويعتد بما تم قبل إسلام الورثة أو أحدهم فى الميراث، ولا يحكم القاضى المسلم بين الورثة إلا بأحكام الشرع الحنيف مع مراعاة شرط المعاملة بالمثل فى توريث الأجانب ."

هذا ولبعض الأفاضل من أساتذتى الأجلاء فى القانون الدولى الخاص كتابات فى هذه الجزئية يحسن النظر إليها . (3)

(1) العلاقات الدولية فى الإسلام - دار الفكر العربى - 1415هـ - 1995م - ص 76 ، 75

(2) / أحمد عشوش، د/ عمر باخشب - أحكام الجنسية ومركز الأجانب فى دول مجلس التعاون الخليجى مع الاهتمام بالنظام السعودى - مؤسسة شباب الجامعة - 1410هـ / 1990م - ص 22

(3) قارن على وجه الخصوص : د/ عنايات عبد الحميد ثابت - أساليب فض نزاع القوانين فى الإسلام - ص 96، 97، د/ عكاشة عبد الحال - دراسات فى القانون الدولى الخاص فى دولة الإمارات العربية المتحدة - دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية - ص 250 وما بعدها - د/ حامد زكى - ميراث الرعايا الأتراك فى مصر مجلة =

رابعاً:- إن القانون المصرى قد جعل من قانون المورث وقت وفاته ضابطاً للإسناد وبالتالي يصح أن تحكم هذه الموارث بقانون وطنى أو أجنبى ، قانون يعبر عن الثقافة الإسلامية ، وقانون ذى طابع علمانى أو لا دينى ، وهذا هو جوهر الافتراق بين الفقه الإسلامى والقانون المصرى وسيأتى مزيد من الإيضاح لذلك .

خامساً:- وضع الفقه المصرى إطاراً للقانون الواجب تطبيقه على الموارث بحيث لا يتعداها وأهم هذه الأمور التى تدخل فى نطاقه بيان الورثة والمستحقين للإرث وترتيبهم وأنصبتهم وشروط التوارث وغيرها . ويخرج عن نطاق القانون والحقوق الواردة على العقار ، لتدخل فى نطاق قوانين أخرى . وفى بيان هذا النطاق يأتى الافتراق عن الفقه الإسلامى .

سادساً:- أن الفقه الإسلامى لا يلتفت إلى القانون الأجنبى [غير الإسلامى] متى كان التوارث فى علاقة أطرافها أو بعضهم مسلمين ، وذلك بخلاف القانون المصرى الذى جعل قانون آخر جنسية للمتوفى ضابطاً للإسلام ومنها كان القانون المشار إليه ، ويحسن بالمقنن أن يتص على تطبيق الشريعة الإسلامية متى كان فى العلاقة مسلماً .

سابعاً : أن الفقه الإسلامى قرر أن المسلم لا يرث ولا يورث إلا من مسلم وقد تابعه القانون المصرى فى ذلك وهو أمر طيب .

ثامناً : أن الزوجين غير المسلمين لا يتوارثان بالأنكحة الباطلة التى تصلح ابتداء ولا بقاءً كزواج المحارم والجمع بين الأختين ونكاح المثليين ، فلا يتم التوارث عن أثر هذه الأنكحة بين الزوجين فى الفقه الإسلامى ، ويتوارث عن أثر هذه الأنكحة الأولاد من أحد الوالدين [الزوجين] أو بعضهم من بعض . وإن القانون المصرى وإن لم ينص على هذا إلا أنه يتدخل فى صورة الدفع بالنظام العام ولا يوجد ما يمنعه من التصريح بذلك .

تاسعاً : إن غير المسلمين يتوارثون بالأنكحة التى لحقها فساد عند ارتدائها والتى يصلح بقاؤها من بعدها كالنكاح فى أثناء المدة أو بدون شهود أو ولى وذلك طبقاً للراجع من أقوال الفقه الإسلامى ، إلا أن القانون المصرى يجعل من قانون الزوجين حاسماً فى بيان صحة أو عدم صحة النكاح الذى يتم التوارث به على أن يتدخل الدفع بالنظام العام كلما وجد ما يخل بقيم المجتمع ولعل هذه الحالة منها ، أما وأن الراجع من الفقه الإسلامى قد أقرهم عليها فلا تعارض بينها وبين النظام العام فى مصر .

عاشراً :- اتفق الفقهاء على أنه لا توارث عند اختلاف الدين ، فلا يرث المسلم غير المسلم ولا يرث غير المسلم المسلم ، وأن جميع غير المسلمين ملية واحدة يرث بعضها من بعض طبقاً للراجع فى الفقه الإسلامى وهو ما اعتمدته المقنن المصرى .

حادى عشر:- أن المسلم يرث المسلم مهما اختلفت بينهم البلاد والتابعة وقد وافق المقنن المصرى الفقه الإسلامى فى ذلك نصاً ، وأن غير المسلم يرث غير المسلم عند اختلاف الدار متى كانت البلدان فى حالة سلام وتعاون ، ثم جاء المقنن المصرى ليقرر أن التوارث عند اختلاف الجنسية بين غير المسلمين مبنى على المعاملة بالمثل وهو قول شديد الشبه بالراجع فى الفقه الإسلامى .

ثاني عشر :- أن القانون الواجب تطبيقه على الميراث فى الفقه الإسلامى يأخذ أربعة صور :

الأولى : يكون القانون الواجب تطبيقه فيها هى الشريعة الإسلامية وذلك فى ميراث المسلمين .

الفرع الأول

ميراث الزوج المسلم من زوجته غير المسلمة.

إذا توفيت الزوجة غير المسلمة عن زوج مسلم فهل يرثها الزوج ؟ تحدث الفقهاء في هذه المسألة قديماً وحديثاً تحت عنوان ميراث المسلم من غير المسلم وكان حديثهم فيه على النحو التالي :-

لجمهور المسلمين من الصحابة والتابعين والحنفية (1) والمالكية (2) والشافعية (3) والحنابلة (4) والشيعة الزيدية (5) وقول ابن حزم الظاهري (6) حيث قالوا : بأن المسلم لا يرث زوجته غير المسلمة . فلا يرث الزوج المسلم زوجته غير المسلمة واستدل هؤلاء بأدلة كثيرة أذكر منها قول الله تعالى ﴿ وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ ﴾ (7) والدلالة من الآية الكريمة أن الله تعالى نفى الولاية بين المؤمنين وغيرهم من الكافرين، وأن

(1)الرخسى - المبسوط - ج29 - ص30، تكملة البحر - ج8 - ص488،

التهذيب في الفرائض ص223 .

سراج المسالك - ج1 - ص238، الدرارى المضية - ج1 - ص272، الكافي

ص555 -

(2)الأم - ج3 - ص2 وما بعدها، نهاية المحتاج - ج5 - ص27، الحاوى الكبير

ج1 - ص333، المهذب - ج1 - ص24

(3)التوضيح - ج2 - ص909، شرح منتهى الإرادات - ج2 - ص625، المجلى

في الفقه الحنبلى - ج2 ص574، كشف القناع - ج4 - ص476، السلسيل -

ج2 - ص287، الروض المربع ص333

(4)البحر الزخار - ج5 - ص369

(5)البحر الزخار - ج5 - ص369

(6)البحر الزخار - ج5 - ص369

(7)المحلى بالآثار - ج9 - ص304

الثانية: قانون الإدارة، وذلك إذا تم التوارث بين غير المسلمين إرادياً ودون اللجوء إلى القضاء الإسلامى .

الثالثة : قانون الملة أو المعتقد وذلك فى الموارث التى تمت قبل الإسلام [إسلام أحد الزوجين] أو اللجوء إلى القضاء الإسلامى فيعتد بها على ما تمت عليه .

الرابعة : وهى الشريعة الإسلامية وذلك متى لجأ الورثة غير المسلمين الوطنيين أو الأجانب إلى القضاء الإسلامى بإرادتهم وقبل القضاء الإسلامى الفصل بينهم فإنما يقضى بينهم بحكم الإسلام ، وهذا مما يخالف فيه القانون المصرى الفقه الإسلامى وهو بلا موارد يستحق التعديل ليطمأننى مع الفقه الإسلامى الذى يعبر عن بلد دينه الإسلام وغالبية سكانه المسلمون .

المطلب الثانى

ميراث الزوجين إذا كان الزوج مسلماً

والزوجة غير مسلمة .

فى الواقع أن زواج المسلم بغير المسلمة يمثل الصورة الوحيدة التى يفترض فيها اختلاف الدين بين المسلم وغير المسلم حيث إنه لا يصح باتفاق زواج المسلمة بغير المسلم، فما حكم التوارث بين الزوجين فى هذه العلاقة ؟ والإجابة على السؤال الماثل تستدعى التمييز بين الزوج كوارث وحالة الزوجة كوارثة وذلك فى الفرعين التاليين :-

هؤلاء الكفار بعضهم أولياء بعض والإرث ولاية من الوارث على مال المورث⁽¹⁾ ويقول النبي ﷺ: " لا يرث المسلم الكافر ولا يرث الكافر المسلم"⁽²⁾ واللفظ فى الحديث الشريف عام لا يجوز تخصيصه بدون مخصص. ⁽³⁾ ويقول النبي ﷺ: " لا يتوارث أهل ملتين شتى "⁽⁴⁾ والحديث ينفي توارث المسلمين من غير المسلمين وإن كان خبر آحاد إلا أن الأمة تلاقته بالقبول، وقد استدلووا بالمعقول أيضاً، حيث قالوا: إن الميراث قائم على التناصر، ولا تناصر بين المسلمين وغير المسلمين.

غير أنه يوجد رأى لبعض الصحابة والتابعين ⁽⁵⁾ قالوا: بتوريث الزوج المسلم من زوجته غير المسلمة، وهو قول ابن تيمية وابن حزم ويجعلون هذا مقصوراً على الزوجة الوطنية فقط بحيث لو كانت الزوجة غير المسلمة وطنية ورثها الزوج المسلم، وإذا كانت أجنبية غير مسلمة لا يرثها واستدلووا

(1) سورة الأنفال - جزء آية 73.

(2) المبسوط - ج 29 - ص 30

(3) قد سبق تخريجه.

المطلى لابن حزم - ج 9 - ص 304.

(4) قد سبق تخريجه.

(5) منهم معاذ بن جبل، ومعاوية بن أبى سفيان، ويحبنى بن يعمر، ومسروق حكاة ابن حزم المطلى - ج 9 - ص 304 وزاد البعض محمد بن الحنفية، وسعيد بن المسيب، والنخعي والشعبي، وإسحاق بن راهوية، وأبا الدرداء. انظر النووي فى شرح صحيح مسلم - ج 11 - ص 52، والحاوى الكبير للماوردى - ج 10 - ص 232، 233 الانصاف ج 7 - ص 327 - ابن القيم أحكام أهل الذمة - ج 2 - مجلد 2 - ص 330 وهو قول الجعفرى الأحكام الجعفرية - ج 2 - ص 193، دليل القضاء الجعفرى - ص 282، والشريعة الإمامية - شرائع الإسلام ص 2، وسائل الشيعة - ج 2 - مجلد 2 - ص 374، ومن لا يحضره الفقيه - ج 4 - ص 247.

بحديث معاذ ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: " الإسلام يعطوا ولا يعلى عليه "⁽¹⁾ ومن العلو عندهم ميراث المسلم من غير المسلم، وقد أجاب الفقهاء على ذلك بأن المراد علو الإسلام فى ذاته كما استدلووا بالقياس: فقالوا بأن المسلم يحل له الزواج بالكتائيات فيحل له ميراثها، وقد استدلووا بأدلة كثيرة يضيق عنها المقام. وقد رجح جمهور الفقهاء المحدثين رأى المانعين لتوريث المسلم " الزوج " من زوجة غير مسلمة ⁽²⁾

بينما رجح البعض قول المجيزين توريث الزوج المسلم من زوجته غير المسلمة ⁽³⁾ فقد بذل جهداً جهيداً فى الانتصار لهذا الاتجاه، وذكر حجة وأيدها ودافع عنها حتى وصل فى النهاية إلى ترجيحها.

(1) كرواه البخارى فى كتاب الجنائز فتح البارى فى شرح صحيح البخارى - ج 3 - ص 218.

(2) الشيخ المراغى - التشريع الإسلامى لغير المسلمين - ص 104 - د/ بدران أبو العنين - العلاقات الاجتماعية بين المسلمين وغير المسلمين فى الشريعة الإسلامية .. دار النهضة العربية - بيروت - ص 83، د/محمد حسين قنديل دراسات .. ص 476، أبو زهرة - الميراث عند الجعفرية - ص 74، الشيخ/ محمد على الصابونى - المواريث فى الشريعة الإسلامية فى ضوء الكتاب والسنة - عالم الكتب - بيروت - ص 40، د/ أحمد فراج حسين - أحكام التركات - ص 82، د/ شوقي السامى - عدالة الإسلام - ص 105، الشيخ/ مخلوف - المواريث - ص 35، د/ أحمد ياسين درادكة - الميراث - ص 136، محمد خيرى المفتى - علم الفرائض والمواريث - السورى - ص 55، سميح عاطف الزين - موسوعة الأحكام - ص 239

(3) د/ إسماعيل لطفى فطانى - اختلاف الدارين وأثره فى أحكام المناكحات والمعاملات 1 - 2 - دار السلام - ص 304، 310

لقد فند القدماء من الفقهاء قول القائلين بتوريث المسلم من غير المسلم وهو مذکور بالتفصيل فى المراجع المشار إليها آنفاً، وأحب أن أضيف إلى ما قالوه الأمور التالية :-

أولاً: نسب سيدنا معاذ ؓ أنه حينما كان باليمن اجتمعوا إليه وقالوا : إن يهودياً مات وترك أخاً مسلماً . فقال معاذ : سمعت رسول الله ﷺ يقول : "الإسلام يزيد ولا ينقص، فورث المسلم من أخيه اليهودى" (1)

فهذا القول المنسوب لسيدنا معاذ على فرض صحته سنداً فهو اجتهد محض منه واليقين أن معاذاً لم يبلغه حديث : " لا يرث المسلم الكافر ولا يرث الكافر المسلم " وحديث : " لا يتوارث أهل ملتين شتى " وإلا لو بلغه ما قضى بهذا لماذا ؟ لأن معاذاً لما بعثه النبى ﷺ إلى اليمن قال له : بما تقضى يا معاذ إذا عرض لك القضاء ؟ قال بكتاب الله، قال : فإن لم تجد ؟ قال : فبسنه رسول الله، قال : فإن لم تجد ؟ فقال بكتاب الله، قال : فما كان لمعاذ ؓ أن يخالف حديثاً عن رسول الله ﷺ فلما لم يبلغه الحديث قضى بما قضى باجتهاد محض، وله أجر المجتهد، أما وإنه عارض نصاً صريحاً فلا حجة فيه لمن استند عليه .

ثانياً : ما نسب لسيدنا معاوية بن أبى سفيان - رضى الله عنهما - أنه كان يُورث المسلم من غير المسلم ولا يُورث غير المسلم من المسلم (3)

(1) من لا يحضره الفقيه - ج 4 - ص 248

(2) رواه أبو داود فى سننه - ج 2 - ص 116 .

(3) رواه حماد بن سلمة عن نود بن أبى هند عن الشعبى عن مسروق انظر : المحلى بالآثار لابن حزم ج 9 ص 304، 305 .

وعلى أى شيء بنى هذا الحكم من معاوية، وقد خالف صريح الحديث الصحيح ؟ فاعلمه لم يبلغه، ثم هل يصلح ما قال معاوية مخصصاً للحديث ؟ لا لم يقل بهذا أحد أبداً، بل هذا ليس مجرد تخصيص بل نسخ لحكم المنع بالجواز وهذا أشد رفضاً ولم يقل به أحد قط، وما دام أن ذلك كذلك فلا حجة فى قول وعمل سيدنا معاوية لأنه عارض نصاً صريحاً، قال الزهرى : كان لا يرث الكافر المسلم ولا المسلم الكافر على عهد رسول الله ﷺ ولا على عهد أبى بكر وعمر وعثمان وعلى - رضى الله عنهم - فلما ولى معاوية ورث المسلم من الكافر واتبعه الخلفاء حتى جاء عمر بن عبد العزيز فراجع السنة الأولى ثم أخذ به يزيد بن عبد الملك . فلما قام هشام بن عبد الملك أخذ بسنة الخلفاء (1)

ثالثاً : أما عن قياس أصحاب هذا القول بتوريث المسلم من غير المسلم على نكاح المسلم غير المسلمة فقياس باطل ذلك أن العلة فى نكاح المسلم من غير المسلمة مصلحة غير المسلمة لأنها تستفيد زوجاً ومسلماً، أما المسلم فعنده فى المسلمات متسع وهن خير له، أما ميراث المسلم من غير المسلم فالمستفيد هو المسلم الوارث لأنه هو الذى سوف يأخذ مالا من تركته هذا المتوفى غير المسلم بلا فائدة تعود على المورث هذا . فلا وجه للقياس، كما أن هذه الزوجة غير المسلمة المقاس عليها قد تكون من الوطنيين غير المسلمين أو من الأجانب المسالمين أو غير المسالمين ما دام أنها من أهل الكتاب، وقد قصر بعضهم الميراث من غير المسلم على الوطنى فقط كما قال ابن تيمية وابن القيم (2) فلا وجه للقياس على زواج المسلم من غير المسلمة التى هى من الأجانب .

(1) انظر الحاوى الكبير - ج 10 ص 233، 234، وابن شيبه - ج 7 - ص 384

(2) أحكام أهل النمة - مجلد 2 - ص 330 .

وما قال به الجمهور هو الراجح، وهو مخالف لمسلك اليهود الذين يقولون بتوريث اليهودى من غير اليهودى، وعدم توريث غير اليهودى من اليهودى.⁽¹⁾

وفى النهاية رجح المقتن المصرى رأى الجمهور ومن ثم منع توريث الزوج المسلم من زوجة غير مسلمة.⁽²⁾

الفرع الثانى

ميراث الزوجة غير المسلمة من زوجها المسلم.

لم أجد بين الفقهاء قديماً وحديثاً أى خلاف فى منع توريث زوجة المسلم غير المسلمة من زوجها المسلم عند وفاته، وذلك استناداً إلى صريح الحديث الصحيح من مثل قول النبى ﷺ: "لا يرث الكافر المسلم ولا يرث المسلم الكافر" وقوله ﷺ: "لا يتوارث أهل ملتين شتى"⁽³⁾

النتائج المترتبة على العرض الماثل

أولاً:- أن اختلاف الدين بين الزوجين [مسلم وغير مسلمة] يمنع التوارث بينهما فلا يرث الزوج الزوجة ولا ترث الزوجة من الزوج.

ثانياً:- أن القانون المصرى يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية فى النتيجة السابقة وقد استقى مواده فى الموارث من الشريعة الإسلامية.

ثالثاً: تتضح عدالة أحكام الإسلام فعندما منع غير المسلم من الميراث من المسلم منع المسلم من غير المسلم فالزوج والزوجة سواء بخلاف شريعة اليهود، التى تورث اليهودى من غير اليهودى.

(1) موضع سابق من هذه الدراسة - ص 191.

(2) انظر المادة السادسة من القانون رقم 77 لسنة 1943

(3) لقد سبق تخريجه ص 190.

الفصل الثانى

أثر الزواج على النفقة " نفقة الزوجية "

ويشتمل على أربعة مباحث :-

المبحث الأول : أسس تقدير الحد الأدنى لنفقة الزوجية وكيفية أدائها.

المبحث الثانى : الملزم بالنفقة .

المبحث الثالث : أثر اختلاف الدين على النفقة .

المبحث الرابع : أثر صحة أو فساد الزواج على نفقة الزوجية